

UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Historia Jurídica y Derecho Penal

"Norma penal y obligación jurídica en la sociedad actual; a la vez un estudio del artículo 502.1 y 502.3 del Código penal: los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante las Comisiones parlamentarias de investigación"

Javier Camilo Sessano Goenaga

Tesis presentada para colacionar al grado de doctor, por el licenciado D. Javier Camilo Sessano Goenaga, y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Jaime Miguel Peris Riera, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia.

Esta Tesis Doctoral ha contado con el apoyo y financiación de la Fundación Séneca, Centro de Coordinación de la investigación, a través de una beca (FPI) para la formación de personal investigador del Programa Séneca.

INDICE

Indice IV

Introducción XI

Abreviaturas XVI

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I: ESTADO LIBERAL Y TRÁNSITO AL ESTADO SOCIAL 1

1. El iluminismo y su repercusión en el Derecho penal 1

1.1. Bien jurídico-penal en el iluminismo 2

1.2. El deber originario: *neminem laede* 4

2. La evolución hacia el Estado social 7

2.1. Planteamiento de la cuestión 7

2.2. La necesaria asunción de la existencia de un cambio en el sistema social actual de referencia, y por tanto también en el Derecho penal como subsistema. 13

2.3. Reflexiones con base en la visión de LESCH sobre una dogmática jurídico-penal entendida en sentido funcional y normativista 18

CAPÍTULO II. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA COMO PREMISA DE ESTUDIO 31

1. Breve exposición de la importancia del concepto de "obligación jurídica", desde el iusnaturalismo hasta BINDING y KAUFMANN 31

1.1. Introducción 31

1.2. El iusnaturalismo de GROCIO y PUFENDORF 34

1.3. HUME y KANT 35

1.4.El utilitarismo de BENTHAM y el imperativismo de AUSTIN 37

1.5. El positivismo de KELSEN y HART 39

1.6. WELZEL, BINDING, y KAUFMANN 44

2. Sobre la distinción entre obligación jurídica y obligación moral 48

2.1. La obligación (moral o política) de obedecer al Derecho (penal) 55

3. Una visión negadora de la existencia de cualquier tipo de deber jurídico, al menos en su dimensión ontológica 60

4. ¿Pueden derivarse lógicamente las *normas primarias* de las *normas secundarias*? ¿En caso contrario, puede sin embargo afirmarse, en un plano normativo, su existencia? 66

CAPÍTULO III. LA NORMA PENAL 75

1. La norma penal como imperativo, como valoración o con un doble contenido. 75

1.1. El planteamiento de la existencia de las normas primarias como una hipótesis de trabajo; una cuestión previa 75

1.2. Concepción imperativa de la norma 84

1.3. Concepción valorativa de la norma (y concepción que mantiene una doble naturaleza de la norma, colocando la norma de valoración en la antijuridicidad, y la de determinación o conducta en la culpabilidad) 90

1.4. De nuevo una concepción imperativa de la norma 109

1.4.1. Introducción 109

1.4.2. El elemento valorativo 113

1.4.3. El dolo como elemento de la antijuridicidad 119

1.4.4. Los destinatarios de la norma primaria 122

1.4.4.1. Introducción 122
1.4.4.2. Las tesis de KAUFMANN 124
1.4.4.3. La doctrina penal española, en especial las posiciones de GIMBERNAT, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ 127
1.4.4.4. Posición personal 138

2. La norma primaria jurídico-penal como norma de *conducta* 153

2.1. Planteamiento de la cuestión 153

2.2. Consideración de la norma primaria jurídico-penal como norma de conducta: un prerrequisito necesario para la atribución de fines en el ámbito de la "realidad normada" 159

2.2.1. Introducción y panorama dogmático previo 159

2.2.2. ¿Es contradictorio afirmar que las normas jurídico-penales son normas prescriptivas cuyo fin es: por un lado informar, crear (y en caso de defraudación), estabilizar *expectativas* estandarizadas de conducta, y por otro, exigir/mandar la conducta esperada? Un intento de conciliar ambos postulados desde la teoría de las normas. Una propuesta de solución desde la necesaria distinción analítica entre norma primaria y norma secundaria 171

2.2.2.1. Introducción 171
2.2.2.2. Las normas primarias jurídico-penales como "standards" de conducta en una sociedad de contactos anónimos. Expectativas y prescripciones 175
2.2.2.3. Las normas primarias jurídico-penales en el subsistema penal 181
2.2.2.4. La necesaria unión entre expectativas y prescripciones 186

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS PENALES DE LA COMPARECENCIA ANTE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIAS ("La incomparecencia y el falso testimonio ante Comisiones de investigación parlamentarias: dos delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional")

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN 212

1. Nociones generales sobre las Comisiones de investigación 212

1.1. Concepto y naturaleza 212

1.2. Derecho comparado y antecedentes 216

1.2.1. Derecho comparado 216

1.2.2. Antecedentes en España 220

1.3. Precisión terminológica 226

1.4. Los poderes y las especiales facultades atribuidas a las Comisiones de investigación, el deber de comparecencia, y el deber de veracidad 228

2. La novedad de las figuras delictivas contenidas en artículo 502 del Código penal de 1995. Antecedentes legislativos próximos 236

2.1. El artículo 155 del Código penal de 1973 236

2.2. Los artículos 5 y 6 de La Proposición de Ley sobre la obligatoriedad de la comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 1979) 244

2.3. El artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras 246

2.4. Algunos aspectos de la tramitación parlamentaria del artículo 502 del Código penal 251

3. Justificación y precisiones sobre la utilización del Derecho comparado como instrumento de la investigación 254

CAPÍTULO II. LA INSTITUCIÓN POSITIVA ESTATAL: "COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN"; Y LA INSTITUCIÓN POSITIVA AUTONÓMICA: "COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN". (Elemento común al delito de incomparecencia del artículo 502.1 y al delito del falso testimonio del artículo 502.3 del Código penal) 261

1. Síntomas de un derecho penal que se fundamenta en la infracción de una norma primaria de conducta, y no tanto en la lesión material de un bien jurídico 261

1.1. Introducción 261

1.2. La innegable existencia de delitos de mera conducta, de omisión propia, y de peligro abstracto. Ilícitos de desobediencia simple o de mera desobediencia 263

2. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional 283

2.1. Deberes negativos, deberes positivos; responsabilidad por organización y responsabilidad institucional 283

2.2. Deberes negativos y responsabilidad en virtud de organización 288

2.3. Deberes positivos y delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional 292

3. Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas 318

3.1. El marco jurídico de las Comisiones de investigación en España 318

3.2. Algunas características de las Comisiones de investigación como órganos políticos de inspección, control e información 322

3.3. Las Comisiones de investigación como instituciones positivas parlamentarias 333

CAPÍTULO III.: EL DELITO DE INCOMPARECENCIA ANTE COMISIONES DE ENCUESTA PARLAMENTARIAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 502.1 DEL CÓDIGO PENAL 335

1. Una cuestión previa: La naturaleza de la sanción prevista en el artículo 76.2 de la Constitución 335

2. Los especiales poderes de las Comisiones parlamentarias: el poder de requerir la comparecencia obligatoria 342

3. La integración del obligado en la institución: Los requisitos del requerimiento hecho en forma legal 355

3.1. Introducción 355

3.2. Estructura de la norma penal que supedita su eficacia a la existencia de un requerimiento en forma legal 356

3.3. El "requerimiento hecho en forma legal" como presupuesto de la conducta, requisitos legales de validez 367

3.4. Conclusión 376

4. La incomparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias como delito especial (en terminología actual como delito de "infracción de deber"); el sujeto activo de la conducta delictiva: el autor típico como obligado especial con un rol institucional 377

5. Algunas observaciones sobre los sujetos requeridos a comparecer: los destinatarios de la orden 392

5.1. Panorama general y normativa aplicable 392

5.2. Supuestos específicos 395

5.2.1. El rey y otros supuestos de altos cargos institucionales 395

5.2.2. Las personas jurídicas 397

5.2.3. Los funcionarios públicos 398

5.2.4. Los extranjeros 400

CAPÍTULO IV.: LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE VERACIDAD 401

1. Introducción 401

2. El deber de veracidad 409

3. La infracción del deber de veracidad puede darse tanto por acción como por omisión. Apuntes sobre los fundamentos de su equivalencia 432

3.1. El falso testimonio: un ejemplo paradigmático de la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión para determinar la infracción de un deber de veracidad. El punto de partida: la situación, intuitivamente resuelta, en favor de la equiparación 432

3.2. Quien ostenta un rol especial en el interior de una institución positiva, puede defraudar la expectativa de veracidad mediante una acción o mediante una omisión. La superficialidad de la distinción técnico-naturalista entre hacer u omitir en el caso del delito de falso testimonio cometido en el contexto institucional parlamentario. 441

CONCLUSIONES 463

BIBLIOGRAFÍA 485

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende alcanzar dos objetivos fundamentales; uno es contribuir al debate doctrinal sobre la teoría de la norma penal, aportando una visión propia; el otro es utilizar la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber, formulada originariamente por ROXIN, desarrollada posteriormente por JAKOBS y en nuestra doctrina por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, para analizar algunos elementos de los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones parlamentarias de investigación.

Es cierto que afrontar un tema de estudio como la teoría de la norma penal no es algo nuevo, sin embargo sí que constituye un objeto de investigación escasamente abordado por la doctrina penal, de ahí su interés científico. En cuanto a los delitos - de incomparecencia y falso testimonio - previstos en el artículo 502 del Código penal, debe hacerse mención, aunque sea un lugar común en este tipo de introducciones, a la novedad de su tratamiento. Y es que, no sólo no existe ninguna monografía sobre tales delitos, sino que ni siquiera suelen ser objeto de comentario en los manuales de Parte especial o en los Códigos penales comentados; y cuando son comentados, los análisis apenas superan las dos o tres páginas (seguramente por su novedosa incorporación, por vez primera, al articulado de un Código penal español, que no a una Ley Orgánica, pues la L.O. 5/1984 de 24 de mayo, ya preveía un delito de incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación). Tales ilícitos guardan una similitud estructural evidente con otras figuras delictivas, así la incomparecencia con los delitos de

desobediencia, y la inveracidad con el delito de falso testimonio en causa judicial; por ello tan sólo serán analizados algunos extremos de la incomparecencia y del falso testimonio, sin la pretensión de un análisis clásico de unas figuras de la Parte especial; por esta razón se encontrarán ya desde la primera parte de la investigación, referencias sistemáticas a determinadas características de tales figuras delictivas, que servirán de hilo conductor a lo largo de todo el trabajo.

El estudio comienza con un análisis de la evolución que se observa desde la concepción de un Estado Liberal ya superada hasta, la actual figura del Estado social y democrático de derecho. Y se trata de demostrar que el Derecho penal no es ajeno a los cambios que se han operado en la configuración de la sociedad. Si el Estado y sus distintas maneras de ser conceptuado se traducen en la imposición a los ciudadanos de determinadas obligaciones o deberes en función de sus propias necesidades, obtenemos la diferencia entre un Estado liberal individualista y un Estado social y democrático de Derecho. A partir de aquí probar la existencia de "deberes positivos"[1] de colaboración y la existencia de "deberes negativos"[2] de no injerencia en esferas ajenas no parece descabellado en el ámbito del Derecho penal español vigente.

En segundo lugar, y para demostrar la importancia del concepto de obligación jurídica, y por tanto de deber jurídico, se han analizado las posiciones de algunos autores; posteriormente he abordado el tema de la distinción entre obligación jurídica y obligación moral, y finalmente, tras exponer brevemente una visión negadora de la existencia de deberes jurídicos, he tratado de demostrar la existencia (normativa) de las normas primarias derivadas de las normas secundarias. He partido, por tanto, de la aceptación incontestable de que el

[1] Por ejemplo: socorrer a las personas heridas, pagar impuestos, colaborar con la administración de justicia, denunciar la comisión de delitos, dictar sentencias justas, comparecer ante las Comisiones de investigación, y un largo etcétera.

[2] Por ejemplo: no matar, no lesionar, no robar y otro largo etcétera.

Derecho se compone de derechos y obligaciones[3] (pues si el Derecho no es esto no se entiende muy bien que pueda ser). Y de ello he inferido lógicamente que el Derecho penal está compuesto de obligaciones y también de expectativas.

En tercer lugar se ha estudiado la norma penal, recuperando y analizando el debate entre norma imperativa o norma valorativa, para posteriormente desarrollar, desde una necesaria distinción analítica entre norma primaria y norma secundaria, una visión propia de la norma penal como norma de conducta; apuntando dos características esenciales que poseen las normas primarias en el subsistema penal: son prescripciones de conducta y son expectativas de conducta. En este plano he tratado de conciliar las teorías imperativas de la norma con la teoría defendida por JAKOBS de la norma como pura expectativa normativa susceptible de ser estabilizada contrafácticamente.

En la "Segunda Parte" del trabajo, he asumido un estudio de las figuras delictivas de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones de encuesta parlamentarias, reguladas en el artículo 502 del Código penal. Para ello se ha tenido que abordar, en diversos puntos, un detenido análisis de la instituciones positivas denominadas Comisiones de investigación, y de los poderes extraordinarios que poseen; ya que tales facultades son las que les permiten ordenar coactivamente la comparecencia de las personas y la veracidad de los testimonios, y posteriormente, para determinar que nos hallamos ante delitos de infracción de deber, se ha estudiado la división propuesta por JAKOBS, entre responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Finalmente he trasladado las consecuencias de conceptuar el falso testimonio y la incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación, como delitos en virtud de responsabilidad institucional, al análisis de algunos extremos de dichas figuras, como la integración del obligado en la institución, la importancia

[3] Vid. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Madrid, 1944, p. 50, expresando que no puede pensarse orden jurídico alguno que no pueda descomponerse en relaciones jurídicas, en derechos y deberes.

para el análisis del tipo del deber de veracidad, y la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión en el caso del falso testimonio.

No he tratado de aportar una visión de cómo las cosas deberían ser, (aunque en ocasiones sí que he aportado opiniones críticas) sino que he tratado de analizarlas tal como son. No he pretendido defender que las normas penales, o las figuras delictivas analizadas *deban ser* así, sino que *son* así. Puesto que, y en palabras de KAUFMANN[4]: *Qué* acciones pueden ser objeto de la norma, y *qué* comportamientos pueden reprochársele a una persona capaz de cumplir el deber, es una cuestión puramente axiológica[5]. Se trata de la cuestión del contenido material del derecho. En la praxis, el problema es respondido por la política jurídica, que se objetiva en la legislación positiva.

---

[4] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas. (Fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Bacigalupo/Garzón Valdés (Trads.), Buenos Aires, 1977, p. 261.

[5] KAUFMANN, *Ob. cit*., p. VIII, observa, que: "la búsqueda del contenido recto del derecho pertenece al ámbito de la axiología; y que es una tarea de la filosofía del derecho en sentido estricto. Aquí la cuestión se refiere a la existencia de valores o de relaciones valorativas - éste es el verdadero interés de la axiología - para luego inferir de allí el objetivo de la regulación jurídica; la inferencia teleológica se realiza a partir de los datos axiológicos". Así, por ejemplo, la cuestión de saber si la colaboración con las Comisiones de investigación y la veracidad de los testimonios deben ser valorados positivamente, protegidos y estimulados, y la incomparecencia y la falta de veracidad desaprobados y penados, ha de buscar respuesta en este campo.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AAPP	Audiencias Provinciales
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AP	Actualidad Penal
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
Cap.	Capítulo
CC	Código civil
CCAA	Comunidad autónoma
CCAAS	Comunidades Autónomas
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución española
CI	Comisión de investigación
Coord./coords.	Coordinador / coordinadores
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir/Dirs	Director/Directores
ed.	edición, editor
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
Ie	es decir
L	Ley
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH-	Libro-Homenaje a
Lib.	Libro
LL	La Ley
LO	Ley Orgánica

LOCCI	Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras
NP	norma primaria
NS	norma secundaria
Obs.	Observación
párr.	párrafo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RS	Reglamento del Senado
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Tít.	Título
Trad./trads.	Traducido/traductor/traductores
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volúmen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

CAPÍTULO I.: ESTADO LIBERAL Y TRÁNSITO AL ESTADO SOCIAL

1. El iluminismo y su repercusión en el Derecho penal

1. El Iluminismo - frente a la concepción anterior del Estado - provoca un cambio de paradigma a través de la creación de las Declaraciones de los derechos del hombre, el nacimiento del Estado de Derecho, y el desarrollo de las Constituciones y de las codificaciones modernas[1]. Ello implica una intervención penal humana, mínima, e inspirada en el principio de extrema ratio. Para DONINI[2], de estas premisas nace el garantismo y el derecho penal será visto como un "problema": como una técnica de control social, como una rama del saber jurídico necesitada de justificación, de legitimación política, moral y cultural.

La concepción liberal de la sociedad se fundamenta en la idea de pacto social, que parte del individuo humano como un ser independiente y soberano, no sujeto a ninguna autoridad, no atado por ningún vínculo, que no debe nada a nadie, que es dueño de sus actos y voluntades. Mediante un pacto o convenio se prometen unos a otros ajustar sus respectivas conductas a ciertas normas o reglas – las estipulaciones del pacto social – y, para asegurar el cumplimiento de tales estipulaciones delegan en una autoridad una parte de las facultades que tenían: renuncian a su libertad irrestricta a cambio de tener una cierta libertad normada y garantizada[3]. Una característica fundamental es la posición de prevalencia que

---

[1] Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955, pp. 32-34, quien pone de relieve cómo el Derecho penal moderno le debe mucho a la época de las luces, y cómo el gran problema de aquella época, la delimitación jurídica entre sociedad e individuo, es también aún hoy (y por "hoy" puede entenderse "actualmente") el problema básico del Derecho penal, p. 32.

[2] DONINI, "Teoria del reato", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 222. Vid. también en sentido parecido, MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3ª. ed., Padova, 1992, pp. 21 y ss.

[3] Cfr. LORENZO PEÑA, "Un acercamiento lógico-filosófico a los derechos positivos" en www.ifs.csic.es/sorties/lp/articles/ius/dereposi.htm, p. 1, también publicado en *Filosofía, ética y sociedad hoy: IV Encuentro Ecuatoriano de Filosofía*, Ecuador, 1998, pp. 309-327, que

ocupa el *individuo* en la sociedad. La sociedad es derivada y secundaria, el individuo que entra en el pacto es la unidad básica y originariamente soberana, y cuya libertad deberá resultar tan amplia como sea posible y tan sólo limitada en casos excepcionales derivados del pacto.

1.1. Bien jurídico-penal en el iluminismo

1. En el Estado Liberal, el concepto de bien jurídico-penal aparece como concepto material y dotado de contenido. El legislador queda vinculado, desde el plano de la legitimidad en su relación con el Derecho penal, a la exclusiva protección de bienes jurídicos. El concepto liberal de bien jurídico tiene su antecedente en la teoría del objeto del delito propia de la ciencia penal del iluminismo[4]. Según FEUERBACH, el objeto de protección, integrado por una facultad jurídica privada o una atribución externa e individual constitutivas de derecho subjetivo, representa el núcleo esencial del hecho punible, sobre el que ha de configurarse el concepto jurídico de delito[5]. Donde no se acredite la presencia de un derecho subjetivo, no puede apreciarse delito alguno, aunque exista destrucción o menoscabo materiales de un objeto no vinculado

---

indica cómo el Estado Liberal se perfiló en las diversas escuelas clásicas de la filosofía del derecho de los siglos XVII al XIX (de Hobbes a John Stuart Mill), y cómo esta idea se ha desarrollado en nuestro tiempo por filósofos como John Rawls o Robert Nozick. Para el autor es comprensible que las partes contratantes tiendan a concertar un convenio que restrinja lo menos posible sus respectivas libertades, esto es, uno que difiera lo menos posible de la situación original de no restricción de libertad, o no sujeción a reglas e imposiciones. (sobre esta idea volveremos más adelante).

[4] Sobre los planteamientos de FEUERBACH en el Derecho penal iluminista, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1991, pp. 13 y ss.

[5] Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, p. 20, cit. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, p. 96. No es de extrañar pues, que FEUERBACH, con el razonamiento característico para la idea de libertad durante la Ilustración, de que la "la vinculación originaria del ciudadano se refiere únicamente a las omisiones", consideró sólo al contrato y a la ley como fuentes jurídicas de una obligación de evitar el resultado, vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, Mir Puig/Muñoz Conde (Trads.), Barcelona, 1981, p. 827.

positivamente a un determinado sujeto[6]. Así, todas las normas penales se establecen, con carácter necesario, *para la protección del círculo de las facultades jurídicas atribuidas a una determinada persona*. Ya MEZGER fue crítico con esta concepción que ve el contenido material del injusto típico en la *lesión o puesta en peligro de derechos subjetivos*[7]. A esto debe añadirse que el fundamento de la determinación del contenido del concepto general de delito proviene de la teoría iusnaturalista del contrato social. El concepto de Estado que surge de esta visión es el siguiente: El Estado es el resultado de una decisión conjunta de todos los ciudadanos, cuya misión primordial consiste en asegurar la mayor libertad posible para todos sus miembros. La única tarea legítima del Estado, es por tanto, la protección de los derechos de sus ciudadanos y de los suyos propios, para la realización de sus fines definidos en el contrato social[8]. Como núcleo material de todo delito aparece, conforme a esto, la lesión de derechos subjetivos.

2. En este contexto imperan el principio de absoluta libertad individual en un clima de igualitaria capacidad jurídica, el principio de sumisión a la ley incluso por parte de la propia autoridad estatal, y por supuesto, el "principio de no injerencia" de la ley ni del Estado en el ámbito de dominio de la esfera privada. Como apunta SGUBBI[9], la clave de bóveda de todo este sistema es el

---

[6] Cfr. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, cit., p. 97.

[7] Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pp. 398-399, manifestando que esta concepción fue utilizada por el Derecho penal de la "época de las luces", en el siglo XVIII, en su lucha contra la extensión desmedida que la pena había alcanzado en el Derecho común precedente, dicha concepción puede hallarse en Feuerbach o en Löning, pero MEZGER advierte que puede considerarse desechada, p. 399.

[8] Sobre el tema vid., RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", Bacigalupo (Trad.), en *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 1975, p. 333.

[9] SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 15, para quién la principal personificación de esta manera de entender las cosas es el derecho subjetivo de propiedad. Vid. también SGUBBI, "Tutela penale di "interessi diffusi"", en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 446-448, argumentando que en el centro de todo el sistema se coloca al *individuo* "abstracto", formalmente e individualmente libre, formalmente e individualmente igual: formalmente e individualmente *pacífico* en cuanto acepta las "reglas del

derecho subjetivo. Derecho subjetivo que es la expresión misma de las condiciones fundamentales de la vida en común de aquellos que en abstracto han suscrito el pacto. El derecho subjetivo de cada individuo representa el límite más allá del cuál no podrá exteriorizarse la libertad de otro: cada ciudadano debe respetar el espacio vital de los demás.

Si la esencia del delito es la lesión de bienes subjetivos ajenos, esto ya determina la función del Derecho penal; el Estado sólo puede imponer penas a aquellos comportamientos que dañen a la sociedad. La tutela del bien común – la defensa de la sociedad – es el fin de la pena. Y este bien común se identifica con el pacífico y seguro disfrute del propio derecho. Se precluye al Estado la posibilidad de perseguir, mediante prohibiciones penalmente sancionadas, fines trascendentes[10]. Como expresa SGUBBI, la categoría de "bien jurídico" no es sino una sublimación y una ideologización de conceptos privatísticos. Dicho de otro modo: la categoría "bien jurídico" nace del derecho subjetivo y representa una evolución del mismo que se desarrolla siempre desde una visión burguesa; y además ha sido constantemente utilizada para la tutela de derechos subjetivos, o bien para la tutela de valores funcionales para (y no contra) los derechos subjetivos de los particulares[11].

1.2. El deber originario: *neminem laede*

1. ¿Qué derechos y qué *deberes* tendrá entonces el individuo en esa sociedad, cuya existencia se ha generado por el convenio social?

---

juego"; y formalmente e individualmente *víctima* en cuanto destinatario (en sus propios derechos) de una agresión cometida como transgresión de las reglas, p. 447.

[10] Cfr., SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 17.

[11] Sobre ello, vid., SGUBBI, "Tutela penale di "interessi diffusi"", cit., pp. 466-467.

Todos los filósofos liberales están de acuerdo en que la tendencia básica de los contratantes es a salvaguardar la máxima libertad de cada individuo[12]; por lo tanto, la tendencia es a tener los menos deberes posibles[13]. Ya que un deber es un vínculo, una atadura. De forma lógica, sobre esta base, los deberes que se adquieren son puramente negativos, y a ellos les corresponden también derechos negativos[14]. Ello implica necesariamente consecuencias en el ámbito del Derecho penal, que mantiene en su estructura y en sus técnicas de tipificación un estrecho vínculo con la sociedad en la que despliega sus funciones. Tradicionalmente el Derecho penal se define como un límite a la libertad de actuar y como prohibición de llevar a cabo determinadas conductas. El Derecho penal es por tanto un derecho represivo, de prohibiciones[15], y que está constituido por delitos

[12] Sobre la institución negativa *neminem laede*, como fundamento también de deberes (negativos) de actuar positivamente, vid. ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 83 y ss., y pp. 278-279; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, pp. 20-31. Para ambos autores, las expectativas de comportamiento de "no dañar a otro" pueden verse defraudadas tanto por acciones como por omisiones, en contra de lo que afirmaban Feuerbach o Spangenberg, esto es, que la obligación de los ciudadanos sólo alcanzaba a las omisiones.

[13] En opinión de LORENZO PEÑA, "Un acercamiento lógico-filosófico a los derechos positivos", cit., p. 1, se aceptará un margen de ampliación de la autoridad, por lo tanto un margen adicional de deberes individuales y, correlativamente, de derechos. Mas está claro que es sólo un margen, y que no podrá alejarse demasiado de la pauta tendencial básica; la que va en el sentido de reducir lo más posible el poder de la colectividad y salvaguardar lo más posible la libertad individual. Puede verse también este planteamiento en HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, Vermal (Trad.), 2ª ed., Barcelona, 1999, § 38: El derecho abstracto es sólo una posibilidad frente a un contenido ulterior, por lo cual la determinación jurídica es sólo un permiso o una autorización. A causa de su misma abstracción, la necesidad de este derecho se limita a algo negativo: *no lesionar* la personalidad y lo que de ella se sigue. Sólo hay por tanto *prohibiciones jurídicas*, y la forma positiva de los conceptos jurídicos, según su contenido, tiene como fundamento, en última instancia, la prohibición.

[14] Como regla básica uno se compromete a no interferir con los demás en las esferas de sus respectivas vidas, y eso es lo que se les debe; a cambio tiene el derecho a que la autoridad lo proteja contra las intromisiones de los demás en su propia vida particular. El único deber adicional será el de prestar apoyo a la autoridad para que cumpla su misión protectora, cfr. LORENZO PEÑA, *Ob. cit.,* p. 2.

[15] Son de esta opinión y mantienen posturas prácticamente coincidentes, NUVOLONE, "L'omission dans le droit pénal italien. Considérations générales introductives", en *Actes du Colloque Préparatoir Au XIII Congrés International tenu á URBINO, 1982; Infractions d'omission et responsabilité pénale pour omission; Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 55, 1984, p. 1029; y , MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 165.

de acción, y excepcionalmente por delitos de omisión. Para comprender el estado de la cuestión es revelador el análisis que realiza MANTOVANI[16], estimando que el *liberalismo clásico* concibe el ilícito penal esencialmente como una "acción positiva", configurándose frente al ciudadano el único deber de abstenerse de violar la esfera de derechos intangibles ajenos y no pretendiendo de él ningún deber de activarse en favor de intereses ajenos. Para MANTOVANI, el ordenamiento penal de tipo liberal-iluminista, era un ordenamiento de *prohibiciones*[17]. Se configura así un concepto según el cuál, y a grandes rasgos, los derechos y los deberes de los individuos en la sociedad serían básicamente *negativos*, deber de omitir acciones lesivas y derecho a que los demás las omitan; deber de abstenerse y derecho a que los demás se abstengan; deber de no matar, de no lesionar de no robar etc., y derecho a no ser matado, lesionado o robado. En palabras de FEUERBACH, la obligación originaria (natural) del ciudadano (miembro de la sociedad burguesa) consiste únicamente en la abstención[18]. Y de ahí se deriva una regla general en la concepción liberal-iluminista del Estado: el ilícito penal se realiza mediante una acción positiva[19]. La consecuencia se puede intuir ya claramente en el ámbito del Derecho penal: la responsabilidad penal por

[16] Cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 165.

[17] En cursiva en el original, MANTOVANI, *Ob. Cit., loc. cit.*

[18] FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen Peinlichen Rechts*, 13ª ed., Mittermaier (dir.), 1840, cit. SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, p. 20. Vid. también BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 190; FIANDACA, *Il reato comissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 3 y ss; y SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 146, que se ocupa del fenómeno de no injerencia proclamado por Feuerbach, y resalta que la ideología liberal-individualista parte del principio de libertad de acción del ciudadano, que aparecerá limitada sólo por la obligación de no atacar las posiciones de interés de los demás. En la línea de Feuerbach, vid. también HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, cit., § 38.

[19] Si para FEUERBACH, la obligación originaria del ciudadano sólo se refiere a omisiones, entonces, los delitos de omisión presuponen siempre un fundamento jurídico especial (ley o contrato), vid. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 22. Vid., también sobre la vinculación originaria, GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal?", en *La insostenible situación del Derecho penal,* Granada, 2000, pp. 489 y ss.

omisión se advierte como un fenómeno excepcional[20], que tiene un papel reducido y marginal.

2. La evolución hacia el Estado social

2.1. Planteamiento de la cuestión

1. La tendencia sin embargo se invierte progresivamente con la implantación del Estado social[21] y democrático de derecho. El Derecho penal propio de un Estado social y democrático, como el nuestro, se diferencia del de un Estado liberal en cuanto que en la actualidad el Estado adopta un mayor protagonismo, interviniendo en el núcleo de las relaciones interindividuales cuando se trata de conseguir la colaboración de los ciudadanos en la tarea de prevenir ataques contra los bienes jurídicos fundamentales[22]. Expresado de otro

---

[20] Cfr. SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 21; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, cit., p. 146; MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 165; NUVOLONE, "L'omission dans le droit pénal italien. Considérations générales introductives", cit., p. 1029; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 546; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 27; y GRASSO, *Il reato omissivo impropio, la strttura obietiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 1, citando a SPANGENBERG, que asume como principio fundamental: que la obligación del ciudadano se dirige exclusivamente a la omisión; y debe omitir acciones que si se llevaran a cabo lesionarían o pondrían en peligro la seguridad del Estado o del individuo, y cuya comisión por tanto está prohibida. Sólo excepcionalmente puede ser penalmente sancionada la violación de un deber de activarse. Vid., también, GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber...", cit., pp. 492-493.

[21] Como expresa SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber...*, cit., p. 95: de la exposición de la institución negativa (*neminem laede*) se deduce que las relaciones que ella garantiza no agotan, ni mucho menos, las relaciones de la sociedad. Muy al contrario, hay otras instituciones que no son negativas, sino, precisamente positivas, y que también requieren ser atendidas por el Derecho penal. Sobre la transformación funcional y estructural del Estado, a raíz de su calificación constitucional como "social", vid. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 82 y ss; sobre el intervencionismo en el Estado social, vid., SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social. (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetración*), Barcelona, 1988, pp. 48-65.

[22] Cfr. HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit., p. 27; MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., pp. 165-166; SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 69.

modo, la tendencia expansiva de los delitos de omisión, es una característica del tránsito del Estado liberal al Estado social o solidarista; éste asume nuevas tareas en amplias esferas, y ello se traduce en la imposición a los ciudadanos del deber de llevar a cabo determinadas acciones encaminadas a la obtención de alguna finalidad que el Estado ha asumido como propia; sobre todo, el cumplimiento de deberes de solidaridad[23] - aunque no sólo esos - del cuerpo social para facilitar la igualdad económica, política y social. GRASSO advierte[24] que en Italia, un sector de la doctrina está invirtiendo la inicial tesis de FEUERBACH, y que a la responsabilidad por omisión se le está atribuyendo un papel central en el sistema penal, desde una visión propulsora del Derecho penal que considera esta rama del ordenamiento jurídico como un instrumento necesario para favorecer la promoción social y para tender hacia el modelo de Estado social configurado en la Constitución.

2. En la dogmática penal este paso de una forma de entender el Estado a otra, adquiere importancia desde la concepción del ilícito: el delito ya no es simplemente la "violación de un derecho subjetivo ajeno", sino que se transforma en *la lesión de un bien jurídico*. El principio de no injerencia (*neminem laede*) ya no es el único válido para regular la convivencia, y de esta manera el derecho subjetivo se retrae en favor de nuevos objetos de tutela. El *bien*, antes incluso que el *individuo* que ostenta su titularidad, pasa a ocupar el centro de atención[25]. A finales del siglo XIX, el Derecho penal sustituye el concepto de derecho

---

[23] Cfr. MANTOVANI, *Ob. cit.*, pp. 165-166.

[24] Cfr. GRASSO, *Il reato omissivo impropio*, cit., p. 3.

[25] SGUBBI, *Ob. cit.*, pp. 33-34, explica este fenómeno de una forma clara y precisa: se trata de un ciclo histórico en el cuál la burguesía tiende a ideologizar y a otorgar un valor absoluto a sus conquistas y a sus instrumentos de dominio; por ello debe olvidarse la relación "sujeto-cosa" que inmediatamente evoca el concepto de derecho subjetivo, y que degrada a un plano puramente particular al fenómeno "patrimonio", al fenómeno "conquista patrimonial"; éstos fenómenos van a considerarse entidades autónomas, poseedoras de un valor en sí mismas, y no porque se ponen en relación con un individuo. Vid. también ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 83-86.

subjetivo por el concepto de bien jurídico; y correlativamente el concepto de violación por el concepto de lesión[26].

Pero la evolución sigue su curso, y si en el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la *seguridad* del individuo, las bases reales de los bienes jurídicos son creadas por la sociedad civil, preconstituidas frente a la función pública; en el Estado de la *prevención* los bienes jurídicos objeto de protección van a ser, cada vez más, bienes producidos por el propio Estado, referentes a infraestructuras, complejos organizativos y funciones relacionadas con la actividad del Estado y de los entes públicos[27]. El "Estado social", el "Estado solidarista", el "Welfare State", no son sino denominaciones[28] que indican, todas ellas, un muy preciso fenómeno institucional. El adjetivo cambia porque el Estado ha cambiado en su configuración y en sus objetivos[29].

---

[26] SGUBBI, sobre el plano técnico del ilícito penal, observa cómo se desplaza el acento de la *conducta* al *resultado*. Por tanto un resultado material, naturalístico (y no una conducta concebida sólo normativamente) va a representar el núcleo de la nueva concepción del delito. El dogma causal se impone en la ciencia penal, y la teoría de la acción pasa a ser analizada en términos naturalísticos, emancipándose así de la simbiosis con la antijuridicidad. Se estructura pues una visión globalmente naturalística del elemento objetivo del delito, que hace de soporte para la referencia ontológica: la lesión del bien jurídico, cfr. SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento* , cit., pp. 35-36.

[27] Vid., BARATTA, "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico", en *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 32, expresando la idea de que la administrativización del Derecho penal, en el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias de normas y funciones administrativas, es sólo un aspecto de la general administrativización del Derecho penal. Y salvando las diferencias, la penalización de la infracción del deber de cooperar con el Parlamento y con las Comisiones de investigación, no es sino un reflejo más de esta tendencia a tutelar funciones y no tanto bienes. En la misma línea, FIANDACA/MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 35, para quienes la "modernización" del Derecho penal debe ser concebida como el reflejo de un cambio político-ideológico mucho más general de expansión de lo "jurídico", que se verifica en el paso del Estado liberal "guardián" o no intervencionista, al Estado social intervencionista; así las cosas, la inflación penal sería la consecuencia de un movimiento mucho más amplio de "juridificación" de casi todos los sectores de la vida.

[28] Para las precisiones terminológicas, vid., PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 24, en nota 72, que distingue entre Estado asistencial y Estado intervencionista.

[29] Con el Estado policía ha fracasado el intento de estabilizar el sistema parcial político de la sociedad, convirtiéndolo en dominación absoluta, por medio sólo de programas teleológicos. Las contrapuestas unilateralidades del Estado de derecho eran igualmente problemáticas. Con la fórmula del Estado social de derecho parece ponerse en marcha el ensayo

El Estado ya no se ve como un garante "externo" de los fundamentos de la sociedad burguesa, como una institución que opera disciplinando las meras relaciones formales entre sujetos individuales, sino que está considerado como una parte activa[30] de los procesos económicos. Al Estado social le corresponde la tarea de organizar y recomponer directamente la sociedad civil[31]. El Estado adquiere características de "sujeto", con fines no sólo propulsores o reguladores; también necesitará autotutelarse y mantener sus funciones; se crea de esta manera una relación "intersubjetiva" entre el Estado y los ciudadanos, relación a la que no serán ajenos un número creciente de tipos delictivos reguladores justamente del incumplimiento de determinados deberes impuestos a determinadas personas, en determinadas ocasiones en que éstas deberán contribuir positivamente al mantenimiento o favorecimiento de un bien o de una función genuinamente estatal. Ello se debe a que los modelos de Estado modernos atribuyen al Derecho penal una función propulsora (y ya no sólo meramente conservadora). Aparece de este modo, frente a una función del Derecho penal solamente prohibitiva de comportamientos socialmente indeseables, una "función promocional" de comportamientos socialmente deseables[32].

3. Una consecuencia, verificable empíricamente, es el aumento del Derecho penal omisivo (propio) como una exigencia del Estado social y

---

de una equilibración de programas teleológicos y condicionales, vid. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, Nicolás Muñiz (Trad.), Madrid, 1983, p. 100, y pp. 86 y ss.

[30] Sobre la intervención a través del capital social y la intervención a través del gasto social, vid., SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, cit., pp. 50 y ss.

[31] Vid., SGUBBI, "Tutela penale di "interessi diffusi", p. 445; PALIERO, *"Minima non curat praetor"*, cit., pp. 49-50; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª. Ed., Barcelona, 1982, pp. 20-23; ROMANO, "Legislazione penale e consenso sociale", en *Jus*, 1985, pp. 15-17.

[32] La consecuencia desde un punto de vista de técnica jurídico-penal se intuye, y de manera precisa MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., p. 23, observa que el propio Derecho penal se está transformando de un Derecho penal tradicionalmente represivo (de prohibiciones) en un derecho constrictivo (de mandatos).

democrático de derecho[33]. Si el Estado *liberal* responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, el Estado *social* supone sin embargo un intento de derrumbar las barreras que separaban al Estado de la sociedad, erigiéndose en motor activo de la vida social. En la actualidad, el Estado español según el artículo 1.1. de la Constitución, está construido bajo la forma de un Estado social[34] y democrático de derecho[35]. En opinión de MIR PUIG con esta denominación la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social, que pretende aunarlos y superarlos[36]. El Derecho penal es un subsistema dentro del sistema social y por

[33] Vid. CADOPPI, *Il reato omissivo propio, vol. I, profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, p. 309 y p. 366. Esta idea suele limitarse al terreno de los delitos de omisión propios (o puros según terminología empleada por algún sector de la doctrina española), aunque en este trabajo trataré de demostrar que no sólo bajo esa construcción típica se amparan determinadas características dogmáticas; SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 62 y p. 67, hace las siguientes reflexiones: más que en la conducta típica o en el nexo entre conducta y resultado, interesará indagar sobre la cualificación subjetiva a la que se vincula con mayor o menor frecuencia un deber de prestación positiva, sobre su morfología y sobre la relación que tiene con los bienes dignos de tutela no sólo formal y negativa. SGUBBI advierte, de modo correcto según entiendo, que estos supuestos son de vital importancia cuando el deber de activarse positivamente forma parte del *rol* específico con el que se inviste a un sujeto determinado; para SGUBBI, aquí ya no se trata de "dirigir" de forma autoritaria la libertad, *tout court*, de un individuo, sino simplemente de disciplinar su rol. Sobre ello trataremos con más detenimiento más adelante. Baste con apuntar que esta especial relación del sujeto con el bien, se dará no sólo en los delitos de omisión propia, sino también en la mayoría de los delitos especiales, y como aquí mantendré en los *delitos de infracción de deber*.

[34] Ha observado GARRORENA MORALES, *El Estado español como social y democrático de derecho*, Madrid, 1984, pp. 83-87, que el Estado "social" capaz de asumir una *función asistencial*, una *función de intervención y tutela de la economía*, y una *función de remodelación social*, se diferencia del anterior Estado demoliberal, al menos en dos supuestos: *a)* es, por una parte, un Estado *Estructuralmente distinto*, redoblado en la intensidad de su poder, omnipresente, dotado de una organización y de una burocracia, de un aparato, como jamás se hubiera podido imaginar; *b)* por otra parte, es un Estado que tiene *en su base una concepción distinta de las relaciones Estado sociedad*, una concepción superadora de la vieja ficción liberal en torno a la perfecta y conveniente autonomía de ambos órdenes y partidaria de una visión más realista conforme a la cual la característica fundamental de esas relaciones es la interacción constante y profunda entre dichos niveles (p. 87).

[35] Ampliamente vid. GARRORENA MORALES, *Ob. cit*, *passim*; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 19-23; vid. también, MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990, pp. 225 y ss.

[36] Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 19.

tanto en comunicación con él, el Derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico estatal y se adapta progresivamente a los cambios que se producen en el sistema de referencia.

El Estado, en su forma de relacionarse con las personas, puede ser calificado, y así lo hace algún autor[37], como Estado "negativo" o al contrario como Estado "positivo" o intervencionista[38]. Puede ya deducirse, aunque todavía de manera esquemática, que las personas tienen por ello deberes negativos y deberes positivos. Y si en el Estado liberal prima el principio de no interferencia, o *neminem laede*, en el Estado social se irán imponiendo, de manera paulatina, determinados deberes positivos. En el Estado social y democrático de derecho, conviven por tanto derechos y deberes para los ciudadanos; existe una "ética de la responsabilidad"[39].

Por una parte existe un interés en mantener el principio de no injerencia del Estado en esferas particulares, puesto que con el establecimiento de una obligación de contenido positivo se restringe la libertad individual.

Pero por otra parte, existe un interés por parte de la sociedad en que exista una tutela no sólo formal, sino en ciertas ocasiones también positiva[40]. Esto se aprecia con claridad en el ámbito de la omisión propia, ya que la tendencia tradicional era recurrir a la responsabilidad omisiva tan sólo en casos excepcionales. Expresado de otro modo, la simple infracción de deberes de

---

[37] Cfr. PALIERO, *"Minima non curat praetor"*, cit., p. 43.

[38] Vid. también el paralelismo en FIANDACA/MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", cit., p. 30.

[39] Sobre la ética de la responsabilidad, vid., MORSELLI, "Condota ed evento nella teoria del reato", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp 1121-1122; Vid., al respecto, las manifestaciones de PARSONS, *El sistema social*, Jiménez Blanco/Cazorla Pérez (Trads.), Madrid, 1966, p. 59, estimando que esto no quiere decir en modo alguno que la participación en una colectividad solidaria tienda en general a interferir el logro de las metas privadas de los individuos, sino que sin la vinculación a los valores comunes constituidos la colectividad tiende a disolverse. Si se da esta vinculación queda mucho campo para el cumplimiento de los intereses privados.

[40] En un sentido similar SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 63.

activarse se penalizaba únicamente en casos excepcionales[41]. Pero el progresivo abandono del principio liberal de no injerencia del Estado en la actividad privada de los ciudadanos, y la creciente función intervencionista de los poderes públicos, han determinado un aumento de los deberes positivos[42] atribuidos a las personas. Precisamente ese aumento de los deberes de actuar penalmente sancionados coincide para FIANDACA[43] con un esfuerzo del legislador por potenciar la tutela de bienes supraindividuales.

2.2. La necesaria asunción de la existencia de un cambio en el sistema social actual de referencia, y por tanto también en el Derecho penal como subsistema

[41] Como afirma FIANDACA, "Reati omissivi e responsabilitá penale per omissione", en *Archivio Penale*, 1983, p. 16, sólo se recurre al castigo del incumplimiento de deberes de actuar para la protección de bienes que ocupan un lugar preeminente en la sociedad, como aquellos de carácter público, o los estatales; por ejemplo: la administración pública o la administración de justicia. Esto ya es indiciario de la colocación sistemática que van a ocupar el falso testimonio y la incomparecencia ante Comisiones de investigación como infracciones de deberes positivos respecto de funciones puramente estatales.

[42] BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, p. 18, opinaba que en las legislaciones autoritarias, en las cuales se acentuaba la posición ocupada por los sujetos en el seno de la sociedad, posición de la que derivan derechos, pero sobre todo deberes penalmente sancionados, cobraban presencia los delitos especiales. En las legislaciones liberales, que nivelan tendencialmente a todos los consociados, el interés por los delitos especiales sería menor. Pero analizando las afirmaciones de BETTIOL, no hay que olvidar que en el año 2003, la situación ha cambiado, y si bien es cierto que en las legislaciones autoritarias se multiplican los deberes, no es menos cierto que en el Estado social actual, y con unas relaciones cada vez más complejas, también se multiplican los deberes especiales; se multiplican las posiciones de garantía especiales, y se produce una administartivización de todas las esferas sociales, y esto implica una aumento de posiciones especiales de deber. Por esta razón opino que el aumento de deberes está relacionado también con los Estados sociales y democráticos de derecho, y por ello niego la validez de una ecuación pseudo-política que pretenda unir siempre los deberes y el autoritarismo, y desde ahí criticar toda construcción dogmática que preste una especial atención al concepto de "deber jurídico". Un Estado más organizado no tiene porqué ser un Estado más autoritario, sino un Estado con comunicaciones cada vez más complejas, y con roles cada vez más específicos.

[43] Cfr. FIANDACA, "Reati omissivi e responsabilitá penale per omissione", cit., p. 19. Y de nuevo, esto nos sirve para avanzar otro dato indiciario sobre el deber de colaboración con las Comisiones de investigación; éste se impone para la tutela de una *función* investigadora de un órgano estatal o autonómico.

1. Creo que, y con toda la cautela que ello merece, no se pueden exasperar ciertas premisas de la concepción penal liberal, pues se estaría ignorando la fundamental inspiración "solidarista" o "social" que impregna nuestro texto constitucional, puesto que en el Preámbulo de la Constitución española se habla textualmente de [...] *promover el bien de cuantos la integran*; también se utilizan en el mismo preámbulo los términos *garantizar*[44], *consolidar*[45], *proteger*[46], *colaborar*[47] , y de nuevo, *promover*[48]. Estas grandes líneas de actuación[49] indican ya de manera clara una cierta tendencia a la función promocional con objetivos solidaristas[50]. Otra cuestión será la de observar cómo y de qué manera se integra esta tendencia en el sistema penal. El Estado social de derecho es un Estado intervencionista[51], un estado que no se limita a mantener el orden, sino que

[44] *Garantizar* la convivencia democrática dentro de la Constitución y las leyes...

[45] *Consolidar* un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

[46] *Proteger* a todos los españoles [...] en el ejercicio de los derechos humanos...

[47] *Colaborar* en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas...

[48] *Promover* el progreso de la cultura y de la economía... A esto podemos agregar, como indica GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, p. 84, que todos aquellos artículos que en el capítulo III del Título I de la Constitución comienzan con cláusulas como "los poderes públicos promoverán...", "el Estado velará...", etc., configuran acumulativamente al Estado como titular de una *función asistencial*.

[49] En parecido sentido se pronuncia ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, p. 99, exponiendo que las Constituciones, a las que se ha denominado "de nuevo tipo" (como la nuestra), diseñan un tipo de sociedad abierta, que no consagra el orden social existente e, incluso, promocionan normativamente el progreso social.

[50] Acertadamente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 324, advierte que la medida de la adopción de normas primarias de mandato y de prohibición (materiales) en un determinado ordenamiento proporciona una imagen fidedigna del grado de protección de los bienes jurídico-penales en el mismo y, por tanto, también de su grado de intervención sobre la esfera individual. La opción por un número mayor o menor de mandatos (en sentido material) es, por ello, asimismo, expresión de la configuración de la síntesis de fines del Derecho penal en una sociedad dada y en un determinado momento histórico.

[51] Observa SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, cit., p. 72, que el intervencionismo estatal pretende asegurar la justicia social y la realidad efectiva de los principios igualitarios, manteniendo el orden económico basado en la propiedad privada. Esta tendencia quedará reflejada en la Constituciones de la posguerra, de manera particular en la

dirige, orienta y gestiona cada vez mayor número de ámbitos de la vida social[52]. En cierta medida, el sistema político ya no viene determinado en virtud de unos fines socialmente predeterminados, tomados como verdaderos (y, por ende, invariantes), sino que se ha vuelto socialmente autónomo en el establecimiento de sus fines. En este sentido se han positivizado no sólo el derecho, sino también las funciones teleológicas del sistema político, que quedan establecidas mediante decisiones programadoras a tomar en el seno del mismo sistema político. Este sistema, y con él la sociedad misma, han alcanzado por este camino nuevas posibilidades de variación y, en conjunto, un nivel superior de complejidad[53].

Me parece necesario admitir que el Derecho penal deberá asumir y representar los objetivos de la sociedad democrática de la que forma parte; y si estos objetivos son "promocionales" inevitablemente acabarán impregnando el contenido del propio Derecho penal. Que eso sea así, que eso deba ser así, que ello sea cuestionable o por el contrario sancionable, no es una cuestión de dogmática penal, sino una cuestión política, de sociología; o si se prefiere, de Política criminal. Pero, y esto es fundamental dejarlo aclarado para no caer en equívocos lógicos insalvables, entonces estaríamos hablando de *lege ferenda*, de cómo nos gustaría que el Derecho penal fuese, o no fuese[54]. Ya no estaríamos

---

Ley Fundamental de Bonn (artículo 20), en la Constitución italiana (artículos 2 y 3) y en la Constitución española (artículo 9.2).

[52] Cfr., BUENO ARÚS, "Los principios constitucionales y el Derecho penal", en *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 1, 1991, p. 117.

[53] Vid. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., p. 101.

[54] Pueden aportarse en este orden de cosas las siguientes valoraciones de GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la Influencia de Luhmann...", en *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 23, 2000, p. 246, quien, analizando la teoría de sistemas de Luhmann, y su posterior utilización dogmática por parte de Jakobs, afirma que: Si decimos que el Derecho penal tiene como misión el mantenimiento del orden social, se nos puede aparecer de nuevo el fantasma del conservadurismo como fácil imputación a esta doctrina. No vamos a repetir aquí las consideraciones sobre la diferencia entre una teoría que trata de describir cómo funcionan las cosas y una doctrina que nos dice cómo debería ser el mundo para que resultara maravilloso. Conviene puntualizar que con todo lo anterior no se pretende legitimar ningún orden jurídico-penal concreto, sino explicar cómo funciona cualquiera de ellos, especialmente en una sociedad moderna y en un mundo desmitificado. […] Si nos preguntamos por las condiciones del sistema jurídico-penal legítimo, es decir, valorativamente aceptable con arreglo a un sistema material de valores que consideremos preferible, *entramos ya en un discurso distinto del que hasta aquí venimos reflejando*, vid., también pp. 247-248. Una

hablando de derecho ni de normas jurídicas, sino de política; y creo que son dos planos que se confunden hasta quedar desdibujados a menudo en la doctrina penal española[55]. Expresado de un modo más actual: en la medida en que la autodeterminación de su propio interés se le deja al propio individuo, entonces la atribución de importancia, la selección política, y la tematización de intereses aparecen como asuntos que sólo podrán ser regulados en el *sistema político*. Y esto requiere *comunicación. Aquello que puede resultar políticamente relevante se construye en relación con aquello que ya tiene relevancia política. Lo que es válido políticamente se autorreproduce con la inclusión y con la absorción de intereses que proviene del entorno del sistema político*. La política condiciona las propias posibilidades, y debido a ello, evidentemente es sensible a aquello que su entorno le pide y le exige. Por ello el sistema político,(y el subsistema político criminal) no se entiende del todo bien ni como un sistema cerrado, ni como un sistema abierto. Es ambas cosas a la vez[56].

---

exposición similar puede verse en PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Colombia, 1999, pp. 34 y ss; y en PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", en *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, pp. 300 y ss.

[55] Sostiene planteamientos similares, con una enunciación similar de los problemas, y lo describe de modo excelente, LAMARCA PÉREZ, "Posibilidades y límites de la dogmática penal", en *CPC*, 1987, pp. 535 y ss; vid., por ejemplo, p. 541, donde afirma que: "[…] cualquiera que sea el alcance de la política criminal, creo que no puede quedar integrada o confundida con el análisis estríctamente jurídico".

[56] Vid. LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, Sutter (Trad.), Milano, 1981, pp. 66 y ss., en especial, pp. 66-67: un sistema autorreferencial es un sistema que produce y reproduce por sí mismo los elementos de los que está constituido. En este caso, las decisiones políticas y las decisiones de Política criminal.

LUHMANN, señala (p. 68), que desde el punto de vista sociológico la autorreferencia es el resultado de una diferenciación sistémica evolutiva; la autorreferencia política (político-criminal) es por ello un resultado de la diferenciación social de un específico sistema político. El desarrollo de formas organizativas autorreferenciales corresponde a la propia demanda que este desarrollo histórico va trazando y, en la medida de su realización va imponiendo: la autorreferencia hace posible la publicidad del contenido, para temas cambiantes, con la relativa vigencia de las estructuras que dirigen las operaciones (en nuestro caso el Derecho penal). […] Existen procesos de comunicación política, con los que la política se autosensibiliza, esto es, se torna sensible frente a los problemas y a los objetivos, por medio de los cuales se pone en referencia con el propio entorno social.

Pues bien, del resultado de todas estas operaciones dependerá el contenido de una específica política criminal, y de un concreto Derecho penal en un específico momento histórico, y en un sistema social dado. Si la sociedad tiende hacia objetivos promocionales, tarde

2. Cuando se afirma[57] que desde FEUERBACH, y aun antes de él, el Derecho penal liberal estableció una separación entre acciones y omisiones. Que por regla general el Derecho penal prohibe, no manda. Y que los mandatos son excepcionales y, en consecuencia, básicamente se castigan acciones positivas, no omisiones. Ante tales afirmaciones, y para evitar equívocos, habrá que preguntarse si: ¿Se considera que actualmente seguimos en un Estado liberal, con un Derecho penal liberal[58], como el propugnado líneas atrás? ¿O al contrario actualmente nos hallamos en un Estado social y democrático de derecho, con un Derecho penal adecuado (y distinto al del Estado liberal) al nuevo sistema? ¿O acaso cabría afirmar que nos encontramos en un Estado social y democrático de derecho, pero pretendiendo a la vez conservar un Derecho penal liberal? Opino que tan sólo la segunda posibilidad es correcta, y a demostrarlo he dedicado las páginas precedentes. En cuanto a la primera afirmación, es simplemente falsa porque contradice el artículo 1º. de la Constitución española; y por lo que a la tercera se refiere no sólo es anacrónica y disfuncional, sino que también contradice tanto el Preámbulo, como el artículo 1º. de la Constitución. No resulta adecuada la pretensión de derivar la existencia de un Derecho penal liberal (propio de un Estado Liberal) de una Constitución que consagra un Estado Social y democrático de derecho[59]. Para reforzar esta idea son determinantes las siguientes palabras de GARRORENA MORALES:

---

o temprano el Derecho penal, en conexión con ella, también incorporará objetivos similares. La sociedad y el Derecho penal son sistemas en permanente evolución.

[57] Cfr. VIVES ANTÓN, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999, p. 518.

[58] Como ha observado BUENO ARÚS, "Los principios constitucionales y el Derecho penal", cit., p. 117, en la creación y aplicación del Derecho penal, un Estado intervencionista no puede comportarse como el Estado *gendarme* que soñaron los teóricos del liberalismo puro.

[59] Es por ello que coincido plenamente con ARROYO ZAPATERO "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución", cit., p. 97, cuando manifiesta que la ciencia y el conocimiento jurídico se lleva a cabo *en* una sociedad y *para la misma*. En nuestro caso tratamos de conocer científicamente el problema penal, las normas penales, las conductas punibles, y el porqué y el cómo las normas se establecen y aplican, y todo ello *para nuestra sociedad* y *su* marco cultural y social. [...] *Ello no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan*.

"La declaración del Estado español como "Estado social" contenida en el artículo 1º. Constituye una auténtica "norma" cuya eficacia está llamada a hacerse actual en un significativo catálogo de supuestos y circunstancias. Ante todo, la calificación "Estado social" se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico y, como tal, dirigida a vincular a autoridades y a ciudadanos en la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto a la hora de indagar el sentido del derecho que ya existe cuanto en el momento de la determinación del sentido que debe informar al derecho que se produce"[60]

Por consiguiente, parto en este trabajo de otra premisa de referencia: el Derecho penal vigente en España debe ser analizado desde la perspectiva de su creación y aplicación en un *Estado social y democrático de derecho.* Aunque tomado éste último de forma desapasionada, pues como con acierto ha descrito JAKOBS[61], el Estado de las naciones industrializadas con certeza está más cerca de la sala de máquinas de Hobbes que de la catedral de Hegel, y el Derecho, por consiguiente, es más bien una útil obra de ingeniería que una coral que genere sentimientos de comunidad.

2.3. Reflexiones con base en la visión de LESCH sobre una dogmática jurídico-penal entendida en sentido funcional y normativista

1. Para finalizar, tan sólo reflexionar desde las consideraciones de LESCH, brevemente sobre la dogmática penal entendida en sentido naturalista, o en sentido normativista. Como expone LESCH[62], en un mundo desmitificado, el Derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente entendido como un Derecho penal funcional. Función es - y en esto reina todavía unanimidad - la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano;

---

[60] Cfr. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, pp. 100-101.

[61] Cfr. JAKOBS, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 1996, p. 29.

[62] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Trad.), Bogotá, 1995, p. 15.

esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del Hombre. En lo demás observa LESCH, no existe acuerdo[63]. De esta afirmación se deduce, que la premisa común de la que parte en general la doctrina penal, es la de admitir que la función del Derecho penal consiste en asegurar o estabilizar (Lesch utiliza aquí el término *estabilizar* adelantando ya posiciones de la teoría de sistemas de Luhmann que él en gran medida comparte, al igual que su maestro JAKOBS) el orden regulador de la coexistencia de los hombres. Pero la convivencia humana es explicada desde la dogmática penal, de manera distinta, dependiendo de la concepción que se sustente, ya sea ésta naturalista, o por el contrario normativista.

En palabras de LESCH, la *dogmática naturalista* explica esta convivencia humana en la forma de HOBBES. El hombre del naturalismo, impregnado de la filosofía de HOBBES, es el individuo soberano, libre y no ligado a un orden preestablecido; el individuo en su origen asocial, cuyas relaciones sociales sólo se definen mediante lo externo[64]. Desde esta perspectiva, las relaciones sociales se tienen en cuenta sólo en la medida en que son útiles para los intereses egocéntricos del individuo. La sociedad se muestra como una unión de egoístas racionales que - como si todavía estuviesen en el estado natural - se encuentran los unos junto a los otros aisladamente, tan sólo en una forma exterior[65].

Frente a esta visión naturalista, la *dogmática jurídico-penal normativista*, según entiende LESCH, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta; y en verdad, una esencia fundida en ROUSSEAU y HEGEL[66]. A continuación describiré en unas líneas lo que no es simplemente una concepción de sociedad o de convivencia social, sino también de *persona* según las consideraciones de LESCH; que tanto en su planteamiento como en sus

---

[63] Cfr. LESCH, *Ob. cit*., pp. 15-16.

[64] Cfr. LESCH, *Ob. cit.*, p. 16.

[65] Cfr. HIRSCHBERGER, *Geschichte der Philosophie*, Band 2, 13ª ed., Freiburg/Basel/Wien, 1988, p. 198. Cit. por LESCH, p. 16 en nota 4.

[66] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 16.

consecuencias estimo sustancialmente correctas, y creo que facilitan la comprensión de la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho. Estado en el cuál las personas no sólo son los sujetos del derecho, sino también y mediante mecanismos democráticos, sus creadores. LESCH parte de la descripción que ROUSSEAU hace del individuo del estado natural presocial, como un animal salvaje y aislado, que no posee - sin lenguaje ni relaciones sociales - identidad[67]. A partir de aquí se entiende la importancia del sistema social[68] para la transformación de este individuo en estado natural, en persona[69]. LESCH razona - siguiendo planteamientos hegelianos - que ante todo el individuo se constituye en "persona real" mediante la "relación con otras personas", esto es, mediante el contacto social con el *alter ego*; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo "ser para sí" característico del animal, en tanto la existencia llega a una individualidad reflectora[70]. Posteriormente, y ahora desde postulados luhmanianos, LESCH considera que la *comunicación* es el proceso social elemental de la constitución del sentido en el trato de seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social[71].

Con ello observamos que la diferencia entre la dogmática penal "naturalista" y la "normativista", se reconduce a una diversa concepción de la

---

[67] Cfr. LESCH, *Ob. cit*, pp. 16-17.

[68] Deben ser claramente diferenciados los planos naturalístico y valorativo (normativo) en que se desarrolla nuestra existencia , sin que con esto se desconozca la importancia de esos dos ámbitos, puesto que una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural, vid. REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 945.

[69] Vid., también HEGEL, *La raison dans l' histoire*. *Introduction à la Philosophie de l' Histoire*, Pappaioannou, (Trad.), Paris, 1965, pp. 141 y ss.

[70] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 17.

[71] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 17.

convivencia humana[72], es decir a qué se entiende por Sociedad. En palabras de LESCH[73], esta doble concepción se establecería de la siguiente manera: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) *versus* mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes *versus* seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos *versus* estabilización de la norma. Esta postura coincidente con la de JAKOBS, ha sido objeto de múltiples críticas[74]; pero sin embargo, ya desde WELZEL[75] los conceptos contenidos en los tipos penales no son "conceptos causales de lesiones causales de bienes jurídicos", sino *conceptos de relaciones y significado social*. La teoría del delito no debe partir de un concepto natural-causal de acción, ni de un concepto psicológico, sino que debe referirse a la Sociedad externamente. En otras palabras: acción es un tipo sociológico y no psicológico[76]. El delito es una acción con significado, es comunicación externa, y debe ser analizado no (exclusivamente) desde un punto de vista individual, sino social; o dicho de otro modo, desde una dogmática jurídico-penal social-normativista. Cuando BARATTA afirma que en el plano de la política criminal y de la elaboración de los objetivos de tutela, el rumbo de la teoría sistémico-

[72] Expone REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," cit., pp. 945-946, que en la afirmación generalmente aceptada de que el Derecho penal es un mecanismo normativo de control social, pueden observarse a primera vista nociones que, como la de normatividad y sociedad, son por completo ajenas al ámbito puramente naturalístico, en cuanto la sociedad constituye una superestructura artificialmente construida por el hombre con la finalidad de armonizar la convivencia entre grupos de individuos , lo cual se busca a través de la imposición de preceptos generales diseñados para la regulación de la vida de ese hombre en sociedad. [...]El derecho, en cuanto pretenda seguir siendo un mecanismo de control social, debe orientar sus esfuerzos a la construcción de un sistema dirigido exclusivamente a la regulación de las relaciones sociales y no de las naturales.

[73] Cfr. LESCH, *Ob. cit*, p. 18. Para un análisis más detenido sobre la dogmática jurídico-penal naturalista (y su crítica) y los fundamentos de una dogmática jurídico-penal normativista, vid. pp. 18-41. Vid. también REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," cit., pp. 937-958.

[74] Vid. por ejemplo, BARATTA, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Doctrina penal*, 1985, pp. 3 y ss.

[75] Vid. REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", cit., pp. 940-943.

[76] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 25.

funcionalista está preparado por un extenso antecedente en el pensamiento penal, que se ha ido alejando progresivamente de la visión *liberal* e individualista del delito como ofensa a bienes jurídicos y de la concepción de éstos como intereses y derechos subjetivos[77]; no hace sino observar que el marco político del Estado ha cambiado, ha evolucionado hacia un "Estado social", y por tanto, si su visión sobre la forma del Estado no coincide con sus pretensiones dogmáticas, la crítica la entiendo más bien dirigida al propio "Estado social"[78], con nuevas y distintas formas y necesidades de tutela penal, y no tanto a una construcción dogmática (jurídico-penal normativista) que no hace sino recepcionar figuras delictivas[79] fruto de una nueva concepción del Estado en el que actualmente nos encontramos. Es evidente que el Derecho penal actual ya no es un Derecho penal liberal, y si no se está de acuerdo con esta realidad[80], y si las críticas pretenden

[77] BARATTA, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., p. 10.

[78] Expone JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Sánchez-Vera (Trad.), Bogotá, 1996, p. 58, que no debería sorprender el hecho de que los "fundamentos jurídicos especiales" sean fuertemente controvertidos, ya que en una sociedad de características individualistas y hedonistas quedan eclipsadas todas las instituciones sociales más allá de la competencia por organización (como *status* negativo) y más allá de la competencia del Estado.

[79] BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 190, describe la situación en los siguientes términos: Con el uso de las *prohibiciones* (prohibido matar, prohibido lesionar, es decir, delitos en los que se *prohibe* una acción) se pretende posibilitar la coexistencia de una pluralidad de sujetos, permitiendo a cada uno que alcance sus fines individuales; mientras que con los *mandatos* (obligado comparecer, obligado socorrer, es decir, delitos de omisión propios, en los que se *manda* una acción) se pretende hacer posible la colaboración a un fin común, y por lo tanto una sociedad en la que los *mandatos* tiendan a aumentar es una sociedad en un estadio más avanzado de control social.

[80] Vid. BARATTA, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pp. 10-11, manifestando que el Estado ya no es liberal-individualista, y que la ampliación de la competencia estatal a todas las esferas de la vida privada y pública, tiene también repercusiones en la concepción de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal. La concepción de las necesidades colectivas de tutela, que se afianzaba en las clásicas necesidades individuales, lleva un argumento innovador a la política criminal. […] En realidad el nuevo concepto sobre los bienes y valores dignos de tutela produce la tendencia a extender el ámbito penal. El resultado de este proceso es la introducción, junto a los bienes jurídicos más fácilmente circunscribibles a la esfera jurídica de los individuos, de bienes jurídicos "de amplio alcance", […] antes que bienes jurídicos, el Derecho penal protege funciones. A esta afirmación de BARATTA, cabe hacer la siguiente observación: en efecto, el Derecho penal del siglo XXI protege, además de bienes jurídicos, funciones, debido a que el sistema social ha reaccionado ante nuevas demandas de protección. Frente esta "nueva" *realidad social* caben varias posibilidades, y una de ellas es sin duda, opinar desde postulados

ser constructivas/modificadoras, entonces deben dirigirse no a los planteamientos dogmáticos, sino a la propia forma política del Estado y a sus derivaciones[81] político criminales. No se puede responsabilizar al Derecho penal de su propio contenido[82]. El sistema social de referencia ha cambiado, y el subsistema del Derecho penal también.

En palabras de JAKOBS:

---

políticos que el abandono de la exclusiva protección de bienes jurídicos, propia del Estado liberal de los siglos XVIII, XIX, y primera mitad del XX, hace tambalearse el dogma causal naturalista del bien jurídico, y que por ello se prefiere mantener un Derecho penal liberal propio de un Estado liberal; pero no por eso el legislador penal actual va a dejar de tutelar funciones. Otra posibilidad es ser coherente con el sistema social actual, y, si es necesario, replantearse la validez de construcciones dogmáticas (no políticas) que se han visto superadas por la realidad, y por la propia forma política del Estado. Esto último es lo que BARATTA reprocha a una dogmática jurídico-penal normativista, y al funcionalismo sistémico.

[81] Observa LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, cit., p. 172, hablando de la lógica de la formación de la opinión política que: mantener posiciones progresistas o conservadoras, es decir a favor de las mutaciones o a favor del mantenimiento del *statu quo* social, ya no está a la altura de la actual situación histórica. Los problemas deben ser planteados de otro modo. Desde el momento en que nos encontramos envueltos en una rápida transformación social, sólo puede preguntarse si *debemos* o *no* adaptarnos a los cambios que se van produciendo; o bien preguntarnos hasta qué punto *sí*, o hasta qué punto *no*; o bien si *inmediatamente*, o si *más tarde*.

[82] Con esto no se quiere decir que los contenidos de las normas penales, su objeto de protección, lo que se considere bienes que deben ser tutelados, sea algo que caiga del cielo u obedezca al azar. Por supuesto, tales contenidos se rellenan desde consideraciones morales, políticas económicas, etc. Lo que sucede es que la prestación específica del Derecho penal acaece una vez que ese material está dado desde los correspondientes sistemas ajenos al penal, especialmente el político, cfr. GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la Influencia de Luhmann...", cit., p. 242, en nota 16; Comentando el sistema empleado por Jakobs, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, cit., p. 38, exponen que para éste no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que el sistema jurídico ha generado por diferenciación. La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una tarea "puramente política, no jurídico-penal", en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuales son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas. Vid., también PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones...", cit., p. 308. Vid., también, LAMARCA PÉREZ, "Posibilidades y límites de la dogmática penal", cit., p. 537, señalando que la confesión de la naturaleza ideológica o valorativa de la Dogmática y el reconocimiento de su función en parte prescriptiva no nos exime de intentar, al menos intentar, la neutralidad descriptiva. Las deficiencias que presenta el trabajo del jurista no se solucionan con una huida hacia delante, convirtiendo esas deficiencias en virtudes, lo que por otra parte tampoco es posible, según hemos visto. Ello no supone renunciar a nuestra valoración de la ley, ni cerrar los ojos a la evidencia de que las categorías jurídicas y culturales en general se hallan condicionadas por lo social; pero nada se gana con la presentación conjunta de soluciones dogmáticas e ideológicas.

Existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa, el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra. Por lo tanto, por un lado, no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable a la luz del día. Pero, por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social[83].

2. De todo lo anterior inferimos que el *sistema so*cial en el que despliegue sus efectos el *subsistema jurídico-penal*, adquiere una importancia fundamental[84], y por ello resulta necesario realizar la siguiente afirmación: en el sistema social proclamado por el artículo 1º. de la Constitución española existen, - en un plano normativo - *para los ciudadanos, deberes en general y deberes jurídico-penales*[85] *en particular que podremos denominar deberes positivos*[86] *y*

[83] Cfr., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona (en una teoría de un Derecho penal funcional)*, Cancio/Feijoo (Trads.), Bogotá, 1996, pp. 15-16.

[84] Razona PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 55, que si se entiende el derecho como un fenómeno social, entonces debe admitirse que un sistema jurídico (donde por supuesto está contenido el Derecho penal) que se desarrolla en la sociedad, integra y describe en ese desarrollo una dependencia entre ésta y el ordenamiento jurídico, que a la vez, y para cerrar esta idea circular, no puede ser sino un reflejo de esa determinada sociedad.

[85] La construcción dogmática de los "delitos de infracción de deber" se debe en su origen a ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1998 (aunque la primera edición alemana es de 1963), pp. 383 y ss; Ha sido retomada y ampliada por JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1995, 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/15 y 29/106; en la doctrina española vid., las recientes aportaciones de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, *passim*, y en especial pp. 27-181.

[86] Afirma, atinadamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 283, que únicamente en su contexto histórico resulta comprensible el reproche de la moralización ilícita del derecho como consecuencia de deberes positivos. Y es que el motivo por el cual la tradición iusfilosófica dio cabida en derecho a las instituciones positivas, pero las trató, en gran medida, como meras excepciones, descansa en una concepción del Estado liberal en extremo, un modelo de Estado que, si ya entonces resultaba dudoso, hoy resulta, sin duda, plenamente superado.

deberes negativos. Ignorar este hecho contradice la propia forma política de nuestro Estado[87], el Derecho constitucional[88], y el Derecho penal positivo vigente[89], y por tanto excluiría la posibilidad de una argumentación racional. No parece razonable negar la reciente aparición de nuevas funciones[90] del derecho

---

[87] En esta dirección, DE ASIS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, 1991, p. 397, expone que las obligaciones jurídicas fundamentales son aquellas que se dirigen de forma casi exclusiva a los ciudadanos, y que afectan a pretensiones, intereses o necesidades de las personas o de la comunidad a la que pertenecen. [...] Se trata de obligaciones relacionadas en primer lugar con el *modelo de Estado*, esto es, con el artículo 1 de la Constitución y su proclamación de España como Estado social y democrático de derecho, por lo que están en estrecha conexión con el significado final primario de la obligación promocional.

[88] Por ejemplo el Título I de la Constitución: "De los derechos y *deberes* fundamentales".

[89] Por ejemplo, el artículo 11 del Código penal ("...al infringir un especial *deber* jurídico..."), da por sentada la existencia de *deberes* jurídicos; así como el artículo 20.5 del Código penal ("...o infrinja un *deber*..."); existen muchos más ejemplos de derecho positivo en el propio Código penal (artículos 176, 88, 84, 83, 456, 427, 281, 226, etc.) que demuestran la existencia genérica de *deberes* jurídicos en nuestro ordenamiento. Pero también existen *deberes* cuya infracción implica una sanción específicamente penal, sólo hay que observar el *nomen iuris* del Título IX del Código penal "De la omisión del *deber* de socorro", o el de la sección 1ª ("Del quebrantamiento de los *deberes* de custodia...") del Cap. III ("De los delitos contra los derechos y los *deberes* familiares) del Tit. XII; o el del Cap. II ("...de la omisión del *deber* de perseguir delitos...") del Tit. XIX; o del Cap. II ("De la omisión de los *deberes* de impedir delitos...") del Tit. XX. Desde esta realidad del derecho positivo vigente no puede negarse de *lege lata*, la existencia de delitos consistentes en la infracción de deber; como tampoco puede negarse la figura dogmática destinada al análisis de estos tipos delictivos. Dicho de otro modo, aceptar la existencia *de lege lata* de delitos consistentes en la infracción de deber (ya que no queda otra alternativa puesto que el legislador penal, como se acaba de demostrar, los contempla *expresamente*), y negar acto seguido la validez de unas construcciones (no la validez de sus conclusiones que siempre podrán ser discutibles) dogmáticas destinadas a su análisis, llamadas "delitos de infracción de deber", supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación racional. La posición es insostenible porque no se puede negar la existencia de los "delitos de infracción de deber", oponiéndose a una realidad existente y vigente en el Derecho penal positivo; esto supondría trasladarse a un plano irracional (esto es, no accesible a la argumentación). Una cuestión bien distinta es que se considere *de lege ferenda*, que los delitos de "infracción de deber" no deberían (por ejemplo) existir; pero ese es ya, otro plano discursivo. He tomado para demostrar esta contradicción, algunas consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, quien de manera similar se ha pronunciado respecto de la insostenible postura de aquellos que mantienen abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío, y no obstante se deciden a favor de él, para fundamentar el juicio de culpabilidad, vid. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 108 y ss.

[90] Vid. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1995, p. 57, apuntando que, entre otras funciones, aparecerá la que Bobbio denomina, "función promocional".

como consecuencia, a su vez, de las nuevas funciones que asume el aparato estatal cuando se pasa de un Estado liberal, abstencionista, a un Estado social, intervencionista y benefactor. Como en todos los sistemas diferenciados se debe partir de un distinción fundamental: cada subsistema está en relación con el *sistema global* al que pertenece[91]; en este caso pues, el Derecho penal con la sociedad. Y además (el subsistema) mantiene contactos con otros subsistemas de la sociedad; es por ello que el Derecho penal, la Política criminal y la Sociedad están relacionados. El Derecho penal no es autónomo ni en el establecimiento de sus objetivos, ni respecto de su propio contenido[92], y esto precisamente porque *el Derecho penal como sistema normativo no es un sistema cerrado, sino en contacto con otros sistemas o subsistemas, y en especial con dos: el sistema global de referencia que es la sociedad, y el subsistema político que va marcando sus contenidos, penalizando y despenalizando determinadas conductas*[93]. Como afirma HEGEL: un Código penal pertenece esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil[94]. Congruentemente, en la "Exposición de Motivos", de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, puede leerse textualmente: "El Código penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar"[95]. La solución de un problema social a través del Derecho

---

[91] Vid., por ejemplo, LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, cit., p. 111.

[92] El instrumentario político lo constituyen las decisiones colectivamente vinculantes, y por tanto el efecto del vínculo corresponde al ámbito funcional, mientras que el contenido decisorio y sus efectos corresponde al ámbito de las prestaciones de la política (criminal), vid. LUHMANN, *Ob. cit.*, p. 124.

[93] Luhmann diría que el dotar de contenido concreto a las normas penales, el construir esa red de normas básicas que estructuran la sociedad, no es el cometido que funcionalmente identifica al sistema jurídico, sino labor de otros (sub)sistemas, y paradigmáticamente el político. Por eso la discusión al respecto es política y no jurídica o jurídico-penal. El sistema jurídico trabaja con lo que le llega de otro sitio, aplicando su código binario, jurídico/antijurídico, a unas normas (programas) que se rellenan de contenido en otra sede sistémica, vid. GARCÍA AMADO, ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23, 2000, p. 247.

[94] Cfr. HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, cit., § 218 (observación).

[95] Cfr., *Código Penal*, Edición a cargo de Muñoz Conde, Barcelona, 2000, p. 17.

penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad[96].

Un ejemplo sencillo a modo de conclusión: cuando el Código penal, en el Título IX, establece un delito de omisión del *deber* de socorro[97], en el plano

[96] Vid., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 14, exponiendo gráficamente, que el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer, o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad.

[97] Que el delito de omisión de socorro sea un delito de infracción de deber no es algo pacífico en la doctrina que defiende tal categoría dogmática, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 45-46, pp. 104-105, y p. 279; sin embargo considero el delito de omisión del deber de socorro, como delito de infracción de deber. El delito lesiona una institución positiva, un deber positivo de socorro; no consiste en una simple organización defectuosa, o una ampliación insoportable de un círculo de organización (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal", en *CPC*, 1999, p. 362, habla de la omisión del deber de socorro como un "claro deber positivo"). En el preciso instante en el que alguien contempla un accidente de tráfico, observa las graves circunstancias, y verifica que (por ejemplo) es el único que puede prestar ayuda, surge un especial *status*, se crea un vínculo especial y positivo entre el autor y el bien. No es el delito el que une o establece una conexión entre el autor y el bien - como sucede en los delitos de organización - , sino que la especial relación (el deber institucional) de ayuda y fomento, entre autor y bien, se genera antes de la comisión del delito. El delito de omisión del deber de socorro no es simplemente un delito especial, sino además, un delito de infracción de un deber positivo; no se trata de una simple limitación del círculo de posibles autores a aquellos que han contemplado el accidente (y pueden socorrer sin riesgo propio), sino que además de la evidente limitación se produce una conexión positiva entre el autor y el bien, el obligado queda en ese instante integrado en una institución (basta una sola norma para crear una institución); el autor adquiere un determinado estatus en el ámbito de una institución positiva - que le obliga al cuidado y fomento del bien -, de igual manera que, *ad exemplum*, lo adquiere un padre en el momento del nacimiento de su hijo, o un juez el día de su nombramiento, o un testigo en el momento en el que es requerido en forma legal para que comparezca ante una Comisión de investigación; el autor adquiere un estatus especial que lo convierte en garante especial de mejorar el estado de organización de otra persona (en este caso la o las víctimas accidentadas); en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡Ayuda al otro!), por ello el delito de omisión del deber de socorro es un delito de infracción de deber, y no un delito de dominio o en virtud de responsabilidad organizacional. No comparto la tesis de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (*Delito de infracción de deber y participación delictiva,* cit., p. 104, y p. 279; y en especial su artículo "Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido", en *CPC*, 2002, pp. 589 y ss.) de que quien contempla el accidente sea un "tercero cualquiera"; al contrario, estimo que *era* un "tercero cualquiera" circulando por la carretera *antes* de contemplar el accidente, pues en el preciso momento en el que observa el percance y puede actuar de forma salvadora, deja de ser un "tercero cualquiera", y pasa a ser un obligado especial (la necesidad de ayuda lo integra en la institución) a edificar un mundo en común de fomento y cuidado del bien; de igual manera un testigo llamado ante una Comisión de investigación, *era* un tercero

normativo, en la realidad normativa, el legislador comunica que *existe* para las personas un *deber jurídico de socorro* (entiendo éste como un "tener que hacer", como un "tener que llevar a cabo en determinadas circunstancias, determinadas conductas salvadoras", como una "necesidad normativa de conducta"), cuya omisión implica la necesidad de una sanción penal.

Esto es así, sin más, es la realidad normativa, pues de lo contrario, si negamos la existencia de cada una de las normas del Código penal, acabaríamos negando la existencia misma del propio Código penal. Pueden emitirse sobre ello *juicios de valor*[98], pero no *juicios de verdad/falsedad.* Normativamente existe un Código penal, existe en él un Título IX (que trata expresamente de un *deber* de

---

cualquiera hasta que fue legalmente requerido, y un padre *era* un tercero cualquiera hasta el día en que nació su hijo, y un juez *era* un tercero cualquiera hasta que aprobó las oposiciones; lo importante es que existe un *momento específico* a partir del cuál dejan de ser "terceros cualquieras" y pasan a ser "obligados especiales". Quiero precisar una última característica, el hecho de que por ejemplo el *status* de juez pueda durar muchos años, o el *status* de padre responsable pueda durar 18 años hasta la mayoría de edad del hijo, no impide (y esto es fundamental) que el *status* especial de persona auxiliadora (obligada al auxilio y vinculada positivamente con el bien jurídico) pueda durar tan sólo unos segundos, unos minutos o unas horas. Ello no modifica para nada la estructura de la especial integración en la institución. Creo que la idea dogmática sobre la que hay que trabajar para solucionar esta controversia, es que existen instituciones permanentes, duraderas en el tiempo y con vocación de permanencia, como la Administración de justicia. Existen sin embargo, otras instituciones positivas cuya duración es concreta y efímera, y sólo durante el corto espacio de su existencia necesitan/exigen el cuidado solidario, éste último es el caso del salvamento solidario (que dura tan sólo unas horas), y de las Comisión de investigación, que duran tan sólo unos días o semanas, pues se crean para un asunto específico, y tienen un plazo determinado para finalizar sus trabajos. No por ello el obligado deja de ser un obligado especial, ni la institución deja de ser positiva, ni la realidad deja de estar previamente conformada, aunque sea por un corto espacio de tiempo. Quizás por todo lo expuesto, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 428, creador de la figura dogmática de los delitos de infracción de deber, considera expresamente que la omisión de socorro es un delito de infracción de deber.

[98] BRICOLA, "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, texto recopilado en: BRICOLA, *Scritti di Diritto penale*, Canestrari/Melchionda (Dirs.), vol. I, Tomo I, Milano, 1997, pp.569-570, refiriéndose a la expansión de los delitos de omisión, expresa que se trata de delitos en continuo y progresivo aumento, y que su relevancia condiciona incluso una revisión de los esquemas de análisis de la teoría del delito, ya que éstos se construyeron sobre la base del tipo comisivo de delito. En el plano ideológico se ha hablado de una estrecha correlación entre el aumento de los delitos de omisión y la concepción totalitaria del Estado: pero esta afirmación parece un poco superficial, ya que también puede comprobarse un nexo histórico entre el aumento de los delitos de omisión, y el tránsito de un Estado liberal a un Estado con democracia solidarista. De cualquier modo, podría obtenerse un criterio limitador, no tanto circunscribiendo la omisión (delitos de omisión propios) penalmente relevante a los *deberes* de solidaridad explícitamente contenidos en la Constitución, sino extendiéndola a *deberes* de solidaridad conectados funcionalmente con (y necesarios para su tutela) un valor constitucional.

socorro), y existe[99] un deber de socorro que normativamente se contempla en los artículos 195 y 196 del Código penal. El legislador penal informa, comunica por medio de textos, de enunciados legales que tienen un contenido directivo en este caso. Pero para la producción comunicativa del conocimiento la verdad del conocimiento se comunica *sin marcas*. Esto quiere decir que se puede partir de que el conocimiento es conocimiento verdadero. No se cuenta con dudas. El conocimiento es producido bajo la protección del valor no marcado de verdad, es decir, sin utilización explícita del esquema verdadero/falso[100].

Ello implica que, respecto del *deber jurídico (de socorro) expresamente contenido en un texto de derecho positivo como lo es un Código penal*, pueden realizarse juicios axiológicos, de valor, juicios de lege ferenda[101]; pero no se puede *falsear* la realidad normativa de un texto legal que ha sido creado mediante mecanismos democráticos[102] en un Estado de derecho[103].

---

[99] Se trata de una existencia que podemos denominar: normativa y teórica.

[100] Vid. LUHMANN, *La ciencia de la sociedad,* Pappe/Erker/Segura (Trads.), México D.F., 1996, pp. 93 y ss., en especial, p. 101; VON WRIGHT, *Norma y acción. (una investigación lógica)*, García Ferrero (Trad.), Madrid, 1979, p. 22, afirmando que las leyes del Estado son *prescriptivas*. […] No tienen valor veritativo.

[101] LAMARCA PÉREZ, "Posibilidades y límites de la dogmática penal", cit., p. 532, analizando los problemas que plantea la actividad dogmática, se hace las siguiente preguntas: "Nos hallamos realmente ante un saber neutral, no ideológico?, y, conectando con lo anterior, ¿la dogmática se limita a describir y ordenar el material normativo o, por el contrario, realiza una función creadora de Derecho? Cuando decimos que la dogmática es una ciencia normativa, ¿queremos indicar que es una ciencia que tiene que ver con normas o también que produce normas, que influye en los comportamientos?" Aquí añadiré una pregunta, y aportaré la contestación: ¿puede el dogmático cuestionarse sobre la existencia en el plano normativo, de un deber de socorro, cuando el legislador establece expresamente tal deber? La respuesta es lógicamente negativa; el legislador es quien programa las normas penales, quien las "fabrica", y quien las fija como expectativas al introducirlas formalmente en el *software* normativo; dicho de un modo muy sencillo, cuando el legislador penal crea un deber de socorro, éste - normativamente - existe. Podrán realizarse sobre ello toda clase de juicios: axiológicos, valorativos, políticos, sociológicos, de política criminal, etc., pero no podrá afirmarse, en contra de la evidencia, que no existe en el ordenamiento jurídico-penal español, un deber de socorro, cuya infracción, tiene asignada una pena.

[102] En sentido crítico pueden aportarse las siguiente reflexiones de SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, cit., p. 80: "OFFE analiza en profundidad los mecanismos de dominio que operan en la formación de la voluntad política, concluyendo que la mayor parte de las iniciativas en materia de leyes y de decisiones fundamentales son hoy tomadas por el poder ejecutivo. De aquí se pregunta: "Si la

representación política constituye todavía un hecho real o si en verdad es un mero postulado ideológico"".

[103] GARCÍA AMADO, "Dos visiones de la desobediencia. Etica discursiva contra teoría de sistemas", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990, p. 208, realiza la siguiente reflexión sobre Luhmann y Habermas, que puede servir para finalizar este Capítulo, y como adelanto a posibles críticas ideológicas: "[…] en ambos late una fundamental convicción de fondo: La defensa del Estado de Derecho y sus procedimientos democráticos. Para Habermas sus formas actuales no son sino un paso, aún imperfecto, en el proceso de racionalización social y de plasmación de una ética racional; para Luhmann constituyen el punto a que por el momento ha llevado una evolución social perfectamente ciega y contingente; pero sus ventajas sobre cualquier otra forma de organización social conocida serían obvias. Por ello me parece desenfocada cualquier lectura maniquea de estos autores pues hay en los dos mucha mayor honestidad intelectual, y hasta compromiso democrático, del que cabe en cualquiera de los que simplistamente aún creen que el mundo y las filosofías se pueden medir impunemente en términos de conservador/progresista, como si no supiéramos ya de sobra como progresan los conservadores y cómo se conservan los progresistas", vid., también, p. 213.

CAPÍTULO II: LA OBLIGACIÓN JURÍDICA COMO PREMISA DE ESTUDIO

1. Breve exposición de la importancia del concepto de "obligación jurídica", del iusnaturalismo hasta BINDING y KAUFMANN

1.1. Introducción

1. La obligación ha sido caracterizada como la noción central de la filosofía del derecho moderno[104], ya que es ella quién asegura la articulación necesaria entre el individuo y la propia expresión del derecho que es la ley. El concepto de obligación o deber ostenta sin duda una función esencial[105] en el derecho en general y sin duda en el sistema penal en particular. Sin embargo no deja de ser una cuestión cuanto menos controvertida. La importancia de las obligaciones en el ámbito del derecho se afirma[106] que es clara y que incluso se considera por muchos autores como la *principal figura jurídica*, o como aquél concepto que permite una correcta comprensión de las normas jurídicas.

[104] Cfr. SÈVE, "L'obligation et la philosophie du droit moderne", en Archives de Philosophie du Droit, nº 44, Paris, 2000, p. 87. Sobre la importancia del deber jurídico en la Teoría general del Derecho, y la conveniencia de su estudio en el ámbito penal vid. el profundo estudio de MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona, 2001, pp. 564 y ss. Basta esta afirmación del autor (que comparto plenamente) para aceptar la fundamental importancia del concepto de deber/obligación en el ámbito penal: Un comportamiento es contrario a una norma directiva de conducta cuando infringe un "deber-hacer" impuesto por ella. La norma fija un modelo de comportamiento debido que el obligado no cumple (p. 564).

[105] En opinión de PECES BARBA, "Los deberes fundamentales", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 4, 1987, p. 333, el concepto de deber ha sido decisivo junto con la identificación del derecho con la ley, para la formación del derecho moderno; vid., pp. 329 y ss., un estudio histórico sobre la evolución de los deberes.

[106] Cfr. DE ASIS ROIG, Deberes y obligaciones en la Constitución, Madrid 1991, p. 129.

Para empezar creo conveniente precisar que en el desarrollo de este trabajo los términos *deber* y *obligación* se consideran términos equivalentes, y que comparto la tesis de PÉREZ LUÑO sobre la irrelevancia de la distinción[107] entre las nociones de deber y obligación; en la medida en que ambos términos son empleados en la actual teoría política, moral y jurídica de forma indistinta e intercambiable, y asimismo son utilizados en los ordenamientos jurídicos como sinónimos sin que se establezca ningún tipo de diferencia entre su respectivo significado. Por ello no creo que tenga demasiada relevancia práctica la distinción que realiza KAUFMANN entre la *obligación* abstracta de la norma, y el *deber* como concreción de la norma. Veamos su razonamiento: primero sostiene que no hay en el término "deber" u "obligación" mucho más de lo que puede contener la expresión "tener-que", vinculada con la afirmación de que tal "tener-que" corresponde al derecho, es decir, es objeto de un juicio positivo de valor[108]. Pero después, analizando los "deberes altamente personales" de BINDING, el autor explica que los deberes tienen los mismos objetos que las normas: omisión o realización de un acto (final). Mientras la norma representa la *obligación* abstracta de todos, el *deber* comprueba la obligación del individuo [...], este *deber* altamente personal es entonces el que corresponde a la norma, y no aquél "tener-que" ; sólo este *deber* es la concreción de la norma, es decir, de la forma ideal abstracta de la *obligación* jurídica de obrar u omitir[109]. Creo, sin

[107] Cfr. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al derecho, con especial referencia a las tesis de H. L. A. Hart", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, pp. 394-395; NAWIASKY, Teoría general del Derecho, Zafra Valverde (Trad.), Granada, 2002, p. 166; con referencias. Vid. también CHEVALIER, "L'obligation en droit public", en Archives de Philosophie du Droit, nº 44, Paris, 2000, p. 177. Los consideran igualmente sinónimos, Kelsen, Bentham y Austin, vid. las citas exactas en H. L. A. HART, "Il concetto di obbligo", Gavazzi (Trad.), en Rivista di filosofia, nº 2, 1966, p. 129. Sí que los distingue SANTI ROMANO, Fragmentos de un diccionario jurídico, (Santía Melendo/Ayerra Redín, Trads.), Buenos Aires, 1964, pp. 111, afirmando que cuando se trata de un deber que no tiene derechos correlativos, nos hallamos en presencia de deberes en sentido estricto; y por el contrario, cuando nos encontramos con deberes que son correlativos a derechos subjetivos, nos hallamos en presencia de obligaciones.

[108] KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas, (fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Bacigalupo/Garzón Valdés (Trads.), Buenos Aires, 1977, p. 168.

[109] Cfr. KAUFMANN, Ob. cit., p. 170.

embargo, que los términos siguen siendo, en este caso intercambiables, y el concepto es el mismo en ambos casos, en uno consiste en un "deber (obligación) abstracto", y en otro un "deber (obligación) concreto", lo que cambia es el adjetivo, con ello en un caso será *abstracto* y en otro *concreto*, pero el contenido del sustantivo permanece invariado. De hecho al final de su razonamiento, KAUFMANN, vuelve a utlizar los términos "obligación" y "deber" de una manera no diferenciada, esto es, como sinónimos; [...] si debe atribuirse al concepto de deber una significación conceptual propia, junto al concepto de norma, tal significación no puede ser otra que la siguiente: la "obligación jurídica" de un hombre, individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir[110].

2. En adelante trataré de indicar la importancia de la normatividad del derecho, de sus disposiciones; de su suficiencia o insuficiencia para determinar la acción de los agentes de un sistema social. Junto a la identificación de enunciados formulados con la intención de obligar o prohibir, esto es, enunciados prescriptivos, utilizados por el legislador con el objeto de guiar conductas, también debe reconocerse, y de una forma muy especial en el Derecho penal, bajo qué condiciones (que pienso deben ser altamente restrictivas) pueden surgir tales deberes. Estos aspectos se analizan, una vez hemos demostrado en el apartado anterior cómo ha evolucionado el sistema social en el cuál primaba un "deber de no injerencia" o *neminem laede*, hacia un sistema más solidario y con más funciones asumidas por el Estado, que a su vez requiere por parte de las personas un mayor grado de colaboración con determinadas instituciones con el objeto de contribuir a su mantenimiento. Esto se traduce en un aumento de obligaciones a cargo de los ciudadanos; y en última instancia obligaciones[111] cuya infracción viene sancionada penalmente.

[110] Cfr. KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 70, y añade que ése es el contenido con el cuál él va a utilizar el concepto de "deber jurídico" o de "deber".

[111] No se trata ya simplemente del deber negativo de abstención en la esfera de autonomía garantizada por los derechos subjetivos, sino que estamos ante deberes positivos que

1.2. El iusnaturalismo de GROCIO y PUFENDORF

1. El iusnaturalismo moderno consideró que, dado que todos los hombres son seres igualmente independientes, la única categoría que podía crear una *obligación jurídica lícita* para alguien era la del *pacto*. De modo que la autonomía del individuo queda salvaguardada en todo momento porque se consideraba que cada cuál daba su consentimiento efectivo a las leyes del poder, ya que éstas no son más que una *communis sponsio*[112]. En este contexto, para GROCIO[113], la naturaleza *racional* y *social* del hombre es la fuente del derecho, y se encuentra en el derecho natural en cuanto desciende de los caracteres esenciales y específicos de la naturaleza humana, a cuya atención y conservación está dirigido[114]. Los principios fundamentales son el respeto a las cosas ajenas, la restitución de la propiedad, la obligación de mantener las promesas y la responsabilidad penal[115]. Pero por encima de estos principios específicos está aquél general, *fuente de todas las obligaciones jurídicas*, que impone *stare pactis*[116]. De los pactos nace la obligación de obedecer al derecho.

2. Otro teórico del iusnaturalismo moderno fue PUFENDORF[117], que también basa su razonamiento en el pacto. El pacto de subjección es la

---

van a exigir la realización de acciones concretas. En este sentido el deber o la obligación expresa en general una necesidad objetiva práctica de ciertas acciones u omisiones.

[112] Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, "Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 157.

[113] Para la obra de GROCIO, vid., por ejemplo WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho, González Vicén (Trad.), Madrid, 1971, pp. 126 y ss.

[114] Cfr. FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, Lorca Navarrete (Trad.), Madrid, 1979, p. 71.

[115] GROCIO, Prolegomena al De iure belli ac pacis, cit. por Fassó, p. 71.

[116] Cfr. FASSÓ, Ob. cit., loc. cit.

[117] Ampliamente vid., WELZEL, Ob. cit., pp. 133 y ss.

institución de un poder que sea capaz de infligir un mal presente y sensible a los que se resistan a perseguir la utilidad común[118]. PUFENDORF, distingue entre acciones debidas en virtud de un derecho "perfecto" (*ex iure perfecto*), y las debidas en base a un derecho imperfecto (*ex iure imperfecto*)[119]. Los derechos perfectos (los que aquí nos interesan para el Derecho penal) son los provistos de sanciones, que pueden hacer valerse por la fuerza; los imperfectos no son coactivos; y PUFENDORF explica que los derechos perfectos están fundados en un pacto por el que los sujetos se comprometen a una determinada conducta[120]. A partir de la obligación, PUFENDORF describe y clasifica el conjunto de relaciones en las que el hombre, como ser moral, puede verse implicado, y distingue entre "obligación de igualdad" (*obligatio aequalitatis*), y "obligación de desigualdad" (*obligatio inaequalitatis*), siendo esta última definida como el vínculo de sujeción entre un inferior y un superior[121].

1.3. HUME y KANT

1. HUME se opone al iusnaturalismo y mantiene la necesidad de lo que se ha llamado la "obediencia útil", y pretende describir una hipótesis plausible que ayude a comprender el *hecho* de la autoridad política, basada en un criterio tan razonable como el de *no más obediencia que la que sea útil*. HUME, busca una explicación de cómo los hombres naturalmente egoístas, sin dejar de serlo, regulan ese instinto y llegan a aceptar la ley, es decir, incorporan a su naturaleza

---

[118] Cfr. FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 127.

[119] PUFFENDORF, De iure naturae et gentium, I, VI, 7, cit. por Fassó.

[120] Cfr. FASSÓ, Ob. cit, p. 124

[121] Cfr. SÈVE, "L'obligation et la philosophie du droit moderne", en Archives de Philosophie du Droit, nº 44, Paris, 2000, p. 88.

el hábito de la obediencia política[122]. En esta labor HUME evita el abstracto expediente iusnaturalista del contrato. No es por un empeño o una promesa que surge el *vínculo de obediencia* de los ciudadanos al Gobierno, sino de la necesidad de que las "leyes naturales" se hagan efectivamente cumplir para que la sociedad pueda subsistir; rechaza pues la idea del *pactum subiectionis*[123]. La obediencia es debida no "porque debamos mantener nuestra palabra", sino "porque la sociedad de otro modo no podría subsistir"[124].

2. Para KANT[125], la existencia del deber depende exclusivamente de la existencia del imperativo o de la ley. Para él, todos los imperativos se expresan con la palabra *deber* e indican con ello la relación entre una ley objetiva de la razón y una voluntad que, según su configuración subjetiva, no está necesariamente determinada por esta ley[126]. Que la voluntad en cuanto libre cumpla o no con la ley objetiva de la razón en nada afecta a la existencia del deber: un deber continúa existiendo aún en el caso en que no se encuentre ninguna voluntad dispuesta a cumplirlo[127]. Para KANT el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley[128]. KANT deduce el carácter coactivo del

[122] Vid. BERMUDO AVILA, "Hume: la obediencia útil", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 113 y p. 117.

[123] HUME, Of the Original Contract, en Essays Moral, Political and Literary, I, p 447, cit. por FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 217.

[124] HUME, Of the Original Contract, p. 456.

[125] Según FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 265, la doctrina iusnaturalista moderna (desarrollada a lo largo de los siglos XVII y XVIII), encuentra su configuración más sistemática y coherente en la doctrina del derecho de KANT.

[126] KANT, Grundlegung zur Metaphysik der Sitte, Parte II, cit. por BOBBIO, "Considerazioni in margine", en Rivista di filosofia, nº 2, 1966, p. 239.

[127] Cfr. BOBBIO, Ob. cit., p. 239.

[128] Cfr. PUY MUÑOZ, "El tópico del deber jurídico", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 411. Vid también OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, "Los componentes subjetivos de la obligación de obedecer al derecho", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 343.

derecho del concepto suyo de derecho como condición o instrumento de la coexistencia de las libertades externas de los individuos[129].

1.4. El utilitarismo de BENTHAM, y el imperativismo de AUSTIN

1. BENTHAM rechaza los presupuestos del iusnaturalismo, y las tesis de quienes afirman que el origen de la comunidad política – el Estado – se encuentra en un pacto o contrato social, por considerarlo una "ficción peligrosa"[130]. Ello se debe a que el pensamiento filosófico jurídico de BENTHAM se halla inserto en su filosofía moral típicamente utilitarista.

Con formato

Cuando un cierto número de personas (súbditos) tiene el hábito de obedecer a una persona o asamblea (gobernantes), entonces el conjunto vive en estado de *sociedad política*. La fuerza que les mueve a actuar es el deseo de asegurarse el placer y de evitar el dolor. Para BENTHAM, decir que un hombre tiene la obligación de comportarse de una determinada manera, equivale a decir que si no se comporta así, se supone que experimentará dolor (o su equivalente, una falta de placer). Así BENTHAM afirma que el dolor es "constitutivo" de la obligación en todas sus formas[131]. La obligación jurídica se diferencia de las otras obligaciones, porque el sufrimiento relevante proviene de un funcionario encargado de aplicarlo según el derecho: decir que una persona tiene el deber jurídico de realizar una determinada acción equivale a decir que probablemente

[129] Cfr. FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 270, ya que cuando un cierto uso de la libertad constituye un obstáculo a la libertad según las leyes universales, es injusto; por consiguiente, la coacción que oponiéndose a él se armonice, en tanto que impedimento de un obstáculo a la libertad, con la libertad según las leyes universales, es justa; de donde, al Derecho va unida, conforme al principio de no contradicción, una facultad de constreñir al que lo ha violado.

[130] Vid. CAMBRÓN INFANTE, "Notas sobre la obediencia jurídica en J. Bentham", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 141.

[131] Cfr. H. L. A. HART, "Il concetto di obbligo", cit., p. 132.

sufrirá el castigo de los funcionarios si no la hace[132]. Tengo el deber de hacer algo cuando su omisión significa que incurro en una sanción. La obligación jurídica contiene dos elementos imperativos: una ley principal que exige el acto que es obligatorio y una ley subsidiaria que exige el castigo para la infracción de la primera[133]. De hecho, hay quien ha puesto de relieve las semejanzas que existen entre el "modelo de BENTHAM" y el "modelo de KELSEN"; en ambos la noción de deber jurídico está íntimamente unida a la de sanción, y en ambos el aspecto coactivo del derecho ocupa un primer plano que condiciona toda su perspectiva[134].

2. Según AUSTIN, tener un deber no es otra cosa que estar bajo el mandato de otra persona o de un grupo de personas; y esto significa recibir la intimación del deseo de otra persona que tiene el poder y el propósito de causar un mal si el hecho deseado no se realiza[135]. La tradicional teoría imperativista de AUSTIN, entiende el Derecho como un mandato de la autoridad soberana. Y la obligación se define en términos de *mandato*, o de la voluntad del superior. Para AUSTIN el mandato o deber son términos correlativos, puesto que el significado que denota el primero está implícito o es presupuesto del segundo[136]. Dicho de otro modo, allí donde hay un deber, un mandato ha sido enunciado; y cuando se

[132] H. L. A. HART, "Il concetto di obbligo", cit., p. 133. BENTHAM usa una definición predictiva al señalar que tener un deber significa que la persona que se encuentra en esa situación, si no se comporta como aquél establece, sufrirá un mal (un dolor o una falta de placer). Esta probabilidad de sufrir un mal si se omite un deber (sea de hacer o de no hacer) será jurídica cuando el sufrimiento es infligido por un funcionario de acuerdo con el derecho, vid. PECES BARBA, "Los deberes fundamentales", p. 333.

[133] Vid. CAMBRÓN INFANTE, "Notas sobre la obediencia jurídica en J. Bentham", cit., p. 145.

[134] Cfr. CARRIÓ, "Sul concetto di obbligo giuridico", en Rivista di filosofia, nº 2, 1966, pp. 152-153, que destaca sin embargo cómo en el "modelo de Bentham" la relación entre deber y sanción es de tipo predictivo, mientras que en el de Kelsen es de tipo normativo.

[135] Vid., una explicación y una crítica de las teorías de AUSTIN, en OLIVECRONA, Lenguaje jurídico y realidad, Garzón Valdés (Trad.), Buenos Aires, 1968, pp. 13 y ss.

[136] Cfr. BOBBIO, "Considerazioni in margine", cit., pp. 235-236.

enuncia un mandato se impone un deber[137]. El Derecho es un mandato, es decir, una invitación a la acción propuesta por quién tiene el poder y la intención de infligir un daño o una pena en el caso en que no se atempere a su deseo. Lo que comporta que aquél al que el mandato se dirige se encuentra "vinculado u obligado", o sea "sometido al deber de obedecer al mismo"; para AUSTIN mandato, deber y sanción son términos inseparablemente unidos, y todas las normas que no puedan configurarse como mandatos de las que derive, a través de la amenaza de la sanción, un deber, no constituyen derecho[138]. Las normas jurídicas se definen pues, como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos; y son expresiones de deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce[139] de conformidad con el deseo.

1.5. El positivismo de KELSEN y HART

1. De gran influencia en la cultura continental es el modelo de KELSEN[140]. Según KELSEN, se puede afirmar que existe una obligación jurídica si, y sólo si, existe una norma jurídica que (puede ser descrita mediante una proposición jurídica que) imputa una sanción, esto es, un acto coactivo ejercido por los órganos de la comunidad, a un determinado comportamiento

[137] Cfr. AUSTIN, Lectures on Jurisprudence, London, 1885, vol. I, p. 89.

[138] Lo pone de relieve FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. III, Lorca Navarrete (Trad.), Madrid, 1979, p. 37.

[139] Como puede deducirse fácilmente, las normas en esta teoría son normas de conducta; vid. NINO, Notas de introducción al Derecho, 1; La definición de "Derecho" y de "norma jurídica", Buenos Aires, 1973, pp. 62-63, explicando que para AUSTIN, las normas jurídicas siempre especifican un sujeto, que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto tiene que realizarse. Las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada.

[140] Vid. PECES BARBA, "Los deberes fundamentales", cit., p. 334; DE ASIS ROIG, Deberes y obligaciones en la Constitución, cit., pp. 129 y ss.; CHEVALIER, "L'obligation en droit public", cit., p. 180; BOBBIO, "Considerazioni in margine", cit., p. 238; ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico, Garzón Valdés (Trad.), Madrid, 1967, p. 31.

humano. El acto contra el cuál reacciona la sanción se llama delito; el comportamiento contrario, deber jurídico[141]. La obra de KELSEN tiene una considerable importancia en el ámbito del Derecho penal[142], en primer lugar por su concepto de imputación en el pensamiento jurídico. Para el autor, al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada[143]. Esta norma se denomina, en lo que a materia penal respecta, ley.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito[144]. Como destinatarios de la sanción KELSEN distingue entre imputables e inimputables, aunque con otros términos. KELSEN parte del dato de que las normas jurídicas positivas prescriben (en el ámbito penal) una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada. Decimos que un individuo es *responsable* cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o irresponsable cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o de un alienado[145]. KELSEN precisa que la

[141] Vid. CARRIÓ, "Sul concetto di obbligo giuridico", cit., p. 143.

[142] En profundidad sobre la teoría de KELSEN respecto de las normas jurídicas, y con una crítica posterior vid., NINO, Notas de introducción al Derecho, cit., pp. 62 y ss; NINO, Consideraciones sobre la dogmática jurídica, Mexico D.F., 1974, pp. 34 y ss.

[143] Cfr. KELSEN, Teoría pura del derecho, Moisés Nilve (Trad.), Buenos Aires, 1991, pp. 17-18.

[144] Cfr. KELSEN, Ob.cit., p. 18. Pero LUDEN "Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinen teutschen Rechte", en Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Vol. II, Gotinga, 1840, p. 17, muchos años antes ya se adelanta y critica un parecido razonamiento afirmando que el delito no lo es por estar amenazado con una pena, sino que está amenazado con una pena porque ha sido considerado por el legislador como merecedor de sanción, como delito; cit. por MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona, 2001, p. 47 en nota 10.

[145] KELSEN, Teoría pura del derecho, cit., p. 18.

relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta; y que el mismo acto cometido por un individuo irresponsable no es vinculado por el orden jurídico a una sanción[146]. KELSEN llama norma primaria a la que establece la sanción, y norma secundaria a la norma de conducta, y carga toda la antinormatividad de la conducta en su oposición al derecho. Por ello la conducta que es la condición de la sanción se encuentra prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita.

Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción[147]. Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción[148]. Otro análisis de la norma jurídica relevante en KELSEN, es que el mandato o la prohibición no necesariamente deben estar contemplados expresamente en la norma, sin que ello impida considerar su cumplimiento como coactivo y la conducta como obligatoria. Esto lo apoya además utilizando un ejemplo de Derecho penal: y afirma que una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohiban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohiben expresamente la comisión de un crimen o delito. No dicen que los hombres no deban cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia[149]. Intimamente relacionado con el concepto de acto antijurídico se

---

[146] Aquí es donde la imputación adquiere importancia; la imputación vincula pues dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del Derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas, KELSEN, Ob. cit., p. 20.

[147] KELSEN, Ob. cit , p. 76.

[148] KELSEN, Ob. cit., p. 77. Aunque hay que recordar que KELSEN, invierte los conceptos de norma primaria y secundaria, pues la inmensa mayoría de la doctrina entiende que la norma primaria es la norma de conducta(dirigida a las personas en general), y que la norma secundaria es la norma dirigida a los jueces para que impongan la sanción.

[149] Cfr. KELSEN, Teoría pura del derecho, cit., p. 76.

encuentra el de *deber jurídico*, que no es otra cosa para KELSEN, que la contrapartida del concepto de norma jurídica. Y en este sentido, un sujeto se encuentra siempre jurídicamente obligado a realizar la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción contra él dirigida; y comete un acto antijurídico (o lo que es lo mismo, viola su deber) cuando se conduce de tal forma que su comportamiento resulta condición para la aplicación de una sanción. Se dice que un individuo está jurídicamente obligado a cierta conducta si la contraria constituyera un acto antijurídico[150]. Resumiendo: para KELSEN *hecho ilícito* es la *conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica*, o lo que es lo mismo, *la conducta prohibida por dicha norma*. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria, y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito[151].

2. HART, KELSEN y otros positivistas que han superado las teorías predictivas propias del realismo jurídico han sido criticados por haberse limitado a sostener otra teoría empírico-descriptiva; y se acusa al positivismo jurídico de ser un reduccionismo retrospectivo[152]. La concepción de HART es crítica con las teorías predictivas, puesto que la existencia de un deber jurídico puede no coincidir con la existencia de una sanción a causa de la desobediencia. Otra crítica es que el *deber jurídico* se basa en normas previas, y en ese caso su desobediencia no sirve sólo para predecir la existencia de sanciones; es también la *razón que legitima esa sanción*[153]. Para identificar un deber jurídico HART

---

[150] Vid. ampliamente DE NIEVES NIETO, "La evolución del anti-imperativismo formal al imperativismo en Hans Kelsen: una síntesis singular", en RFDUCM, nº 97, 2002, pp. 234 y ss; y DELGADO PINTO, "Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen", en Anuario de filosofía del Derecho, 1978, nº 20, pp. 25 y ss.

[151] Cfr. KELSEN, Ob. cit, p. 87.

[152] Cfr. KRIELE, "L'obbligo giuridico e la separazione positivistica fra diritto e morale", en Rivista di filosofia, nº 2, 1966, p. 202. Vid. también la crítica al positivismo analítico que realiza VIVES ANTÓN, en Fundamentos del sistema penal, Valencia, 1996, pp. 347 y ss.

[153] Cfr. PECES BARBA, "Los deberes fundamentales", cit., p. 334.

parte de la existencia de normas que permiten fundar la obligación y consiguientemente enjuiciar el comportamiento del obligado. HART observa que no es posible deducir un concepto de deber del simple hecho de que en ciertos casos una norma "prescriba" una sanción, ni tampoco de la simple constatación de una regularidad de conductas y de la "previsibilidad" de una sanción para los comportamientos anormales[154]. Para que surja la noción de deber es necesario que las normas hayan sido por así decirlo, inetriorizadas, aceptadas por los miembros de una determinada sociedad, como criterios de referencia y de valoración de la conducta propia y ajena. Sólo cuando hayan sido aceptadas de este modo, las normas jurídicas pueden dar lugar a un discurso normativo como aquél que dice: "tengo un deber"[155]. Dicho con otras palabras: la violación de una norma que establece un deber no es simplemente la condición para predecir una sanción; sino una razón para justificarla; y a ello debe añadirse una necesaria aceptación efectiva de la norma como actitud normativa de consenso. Aquello que es característico en HART es la importancia que le atribuye a la actitud interna de los destinatarios de la norma respecto a la norma misma. Para poder hablar de una obligación o de su violación, es necesario que las normas no sean entendidas como simples descripciones o predicciones de sucesos particulares, sino que deben ser usadas como guías y criterios de valoración de determinados comportamientos, que en base a ellas sean aprobados o desaprobados, animados o castigados[156]. El deber debe ser concebido como el presupuesto (y no como la consecuencia) de la sanción[157]. HART llama la atención sobre la vital importancia del concepto de "obligación jurídica", y estima que para la

---

[154] Vid. PASSERIN D'ENTRÈVES, "Intorno all'obbligo politico", en Rivista di filosofia, nº 2, 1966, p. 158.

[155] Cfr. PASSERIN D'ENTRÈVES, "Intorno all'obbligo politico", cit., p.159. Para una explicación y crítica de la teoría de HART, vid. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber?, cit., pp. 385-393.

[156] Vid., al respecto, PASSERIN D'ENTRÈVES, Ob. cit., loc. cit.

[157] Con ello, HART, rebate las tesis de BENTHAM y de KELSEN.

comprensión del derecho y de cualquier forma de estructura social, es necesario su reconocimiento por parte de toda teoría del derecho[158].

1.6. WELZEL, BINDING, y KAUFMANN

1. Hemos observado cómo en determinadas doctrinas positivistas se establece una conexión empírica entre el deber jurídico y el poder coactivo del Estado, en términos de una sujeción predictiva (Bentham y Austin), o como conexión normativa (Kelsen y Hart). Frente a esto, WELZEL estima que tales planteamientos incurren en el contrasentido de pretender fundar la normatividad del deber en un elemento fáctico como es la coacción, ya que definir el deber jurídico como deber coactivo implica una contradicción *in adjecto*: la coacción coacciona pero no obliga[159]. El concepto de deber coactivo es una asociación de características contradictorias[160]. Como indica PÉREZ LUÑO analizando la crítica de WELZEL, la coacción no puede imponer que ella misma se aplique, requiere siempre una instancia superior con poder para aplicarla a quienes se hallan sujetos a ella con lo que resulta inevitable el *regressus in infinitum*[161]. A estas críticas también se ha sumado Armin KAUFMANN, quien como discípulo de WELZEL argumenta de forma muy parecida a la de éste. Según KAUFMANN, KELSEN remite la validez del derecho a las consecuencias coactivas, y ahí reside la diferencia básica entre Binding y Kelsen. Pero la validez, y por tanto el efecto obligante de las proposiciones jurídicas no puede ser fundado en la coacción; pues un deber que haya de surgir de la coacción es una contradicción en sí mismo. La coacción coacciona pero no obliga, lo mismo

[158] H. L. A. HART, "Il concetto di obbligo", cit., p. 140.

[159] Cfr. WELZEL, Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico, Garzón Valdés (Trad.), Córdoba, 1962, p. 77.

[160] WELZEL, Ob. cit., p. 54.

[161] Cfr. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber?, cit., p. 385.

que tampoco puede hacerlo un acto coactivo[162]. En realidad KAUFMANN parte de una premisa muy lógica: la cuestión de la validez del derecho precede lógicamente a la problemática de la norma; y por ello es crítico con Kelsen que remite la validez del derecho a algo que lógicamente viene después de la norma, es decir, la sanción[163].

2. KAUFMANN, antes de plantear su propia teoría de las normas realiza un estudio de la teoría de las normas de BINDING[164]. Para BINDING, la norma por lo general no está codificada. Reconoce que hay numerosas normas, es decir, imperativos, que sirven como modelo de conducta humana, que están formulados positivamente en leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Pero precisamente las normas más importantes para la construcción del delito no se encuentran en el derecho escrito[165]. Para demostrarlo BINDING utiliza varias vías, pero yo sólo voy a tratar de la primera que él usa, que consiste en el desarrollo mediato a partir de la ley penal. Para BINDING la norma que subyace por ejemplo al artículo 138 de nuestro vigente Código penal podría disponer: "¡No debes matar!", o "¡No debes matar, so pena de castigo!", o también "¡Deberás ser castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años si has matado!"[166]. Tras analizar varias posibilidades BINDING concluye que el único camino correcto es derivar

[162] Cfr., retomando planteamientos welzelianos, KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 70.

[163] Vid. KAUFMANN, Ob. cit., loc. cit., para quien el deber no puede basarse en la consecuencia de su inobservancia, ya que una "consecuencia de lo ilícito" presupone siempre lo ilícito y, por tanto, lo lícito (derecho). Aquí KAUFMANN mantiene que el deber se basa en el derecho, en la norma siempre antes que en la simple coacción.

[164] Vid. KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., pp. 1-45; vid también el estudio y critica a la teoría de las normas de BINDING de ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 31 y ss; y 51 y ss.

[165] Cfr. BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, vol. I: Normen und Strafgesetze, 3ª ed., Leipzig, 1916, p. 36; cit. por KAUFMANN. (En adelante usamos las citas de Kaufmann sobre Die Normen).

[166] He adaptado el ejemplo al artículo 138 de nuestro Código penal, del propuesto por BINDING, en Die Normen, vol. I, p. 37.

el imperativo únicamente a partir de la primera parte de la ley penal[167] (en este caso "No debes matar"). Tal prohibición y mandato satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción. En este caso el delincuente (hace) precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta se hallan en oposición contradictoria[168]. Además, esta norma no ha sido dictada por alguna otra consideración, sino para evitar la acción descrita. La falta de una consecuencia jurídica para la acción del agente, no afecta en lo más mínimo la contradicción de la acción con el imperativo[169]. La norma es pues, una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena[170]. Como hemos dicho, para BINDING las normas más importantes no pertenecen al derecho escrito. La norma es formulada a través de la ley penal, pero no *en* ella; no es una ley, sino una proposición del derecho no legislado[171].

En cuanto al efecto de las normas, BINDING califica de "tarea principal" de las normas la fundamentación de los deberes eminentemente personales de las personas físicas de actuar u omitir. Se trata del deber de obediencia o de sumisión[172]. La norma sólo puede obligar a aquellas personas que son capaces tanto de cumplir con su requerimiento como de violarlo[173]. BINDING llama a la acción culpable y contraria a la norma, *delito*[174].

La norma tiene para BINDING, no una función imperativa sino protectora. El motivo de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida,

---

[167] BINDING, Die Normen, vol. I, cit., pp. 42 y ss.

[168] BINDING, Ob. cit., loc. cit.

[169] BINDING, Ob. cit., p. 43.

[170] Vid. KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 7, nota 24.

[171] BINDING, Ob. cit., p. 156 y ss, y por tanto, con respecto a la naturaleza jurídica de la norma es irrelevante que el legislador establezca expresamente por escrito la norma o la haya declarado mediante acción concluyente.

[172] BINDING, Ob. cit, pp. 82 y 96.

[173] BINDING, Ob. cit., pp. 99 y 243.

[174] Vid. KAUFMANN, Ob. cit, p. 13.

en su resultado perjudicial para la vida del derecho; y viceversa, mediante el mandato de una acción ha de lograrse un resultado ventajoso[175]. Las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos frente a ataques futuros de personas responsables, por ello se formula a las personas la exigencia de organizar sus acciones de manera que no pueda producirse tal perjuicio[176]. Aquellos bienes que están protegidos por las normas son llamados por BINDING "bienes jurídicos"[177].

En cuanto al fundamento y fin de las normas, en opinión de BINDING, es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efecto perjudicial para el derecho, y ordenar otras a causa de su indispensabilidad. Pero a este objetivo subyace una valoración de aquellas acciones y de estas omisiones por parte de la ley[178].

3. Antes de finalizar este apartado dedicado a revisar muy brevemente la importancia de los conceptos de obligación y deber jurídicos a lo largo de la historia relativamente reciente de la filosofía del derecho, plantearé de forma muy escueta (pues sobre ello volveremos más adelante) la relevancia que adquiere también en la teoría de las normas de Armin KAUFMANN la relación entre la norma y el deber. Señala KAUFMANN, que la obligatoriedad de las proposiciones jurídicas se refiere siempre a un sujeto que está (vinculado) obligado; y con respecto a este sujeto, la obligatoriedad expresa que está obligado a algo[179]. Y determina que la proposición jurídica cuyo efecto es la fundamentación del deber jurídico concreto del individuo, tiene que describir o formular esta obligación de manera abstracta[180]. Pues el deber jurídico concreto

[175] BINDING, Die Normen, vol. I., cit., p. 52.

[176] BINDING, Ob. cit., p. 54.

[177] Vid. KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 14.

[178] BINDING, Ob. cit, p. 231.

[179] KAUFMANN, Ob. cit, p. 63.

[180] KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 63.

puede inferirse del orden jurídico abstracto sólo si éste indica (abstractamente) tanto el efecto de la obligación, como sus presupuestos[181]. KAUFMANN precisa que la norma no es solamente un juicio sobre un deber, sino un juicio de deber sobre "algo", que ya se ha descrito como objeto de la norma[182].

Por citar un último autor, para ENGISCH, las consecuencias jurídicas (de las proposiciones jurídicas) consisten en derechos y en obligaciones, que son reconocidos como jurídicos[183]. Estos derechos y obligaciones pueden ser positivos aun cuando eventualmente se refieran a algo negativo, es decir a una omisión. Estos derechos y obligaciones representan la verdadera sustancia del derecho. Frente a ellos las negaciones se presentan sólo como limitaciones, como algo secundario. La característica esencial del derecho consiste en otorgar positivamente derechos e imponer obligaciones[184].

2. Sobre la distinción entre obligación jurídica y obligación moral

1. Estimo conveniente partir de la necesaria separación entre derecho y moral, y por ello entre obligación jurídica y obligación moral. Por tanto, como primera premisa no considero aceptable la total identificación entre deber jurídico y deber moral. Pero entiendo necesario precisar que si bien no puede hablarse de una plena identificación; tampoco es posible admitir una tajante y absoluta separación[185]. Los fenómenos moral y jurídico denotan ambos un grupo de fenómenos sociológicos sujetos a investigación en una cierta relación. Pero la

---

[181] KAUFMANN, Ob. cit., loc. cit.

[182] KAUFMANN, Ob. cit., p. 173, precisar aquí que para KAUFMANN el contenido de la prohibición no son los resultados lesivos, sino siempre una acción (final).

[183] ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico, cit., p. 28.

[184] ENGISCH, Ob. cit., pp. 38-39.

[185] Como afirma RADBRUCH, Filosofía del Derecho, 2ª ed., Madrid, 1944, p. 64, la relación entre derecho y moral se nos muestra como una fecunda relación de tensión.

separación de estos grupos no puede, más que la distinción entre fenómenos físicos, químicos y biológicos, y otros fenómenos dentro de las ciencias naturales, ser determinada por un solo criterio conceptual[186]. Por eso la posibilidad de que la distinción no sea tajante debe ser tomada en cuenta, ya que en una investigación extensa más completa los fenómenos pueden aparecer conectados, de tal manera que no pueda mantenerse la distinción[187]. A tratar de demostrar esta afirmación dedico las próximas líneas, pero asumiendo que no es este lugar para afrontar la muy compleja tarea del análisis de las relaciones entre derecho y moral, tan solo abordaremos el problema de una forma tangencial.

Un deber jurídico es simplemente un deber jurídico, y las consecuencias de su incumplimiento nada tienen que ver con la moral; si alguien es condenado a una pena de prisión por haber matado a otra persona, después de haber sido declarado culpable en un proceso con todas las garantías, la pena que se le impone no es consecuencia de su inmoralidad, no es consecuencia del incumplimiento de un deber moral, no se le castiga por mantener conductas perversas o por ser malvado, esto es, por infringir una norma moral[188]; el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales del orden penal, le impone un castigo por el hecho de haber *infringido un deber negativo jurídico penal, por haber violado una obligación jurídica contenida en una norma jurídica que consiste en*

[186] Cfr. Alf ROSS, Towards a Realistic Jurisprudence, Copenhagen 1946, p. 112.

[187] Cfr. ROSS, Ob. cit., loc. cit., manteniendo la opinión que consiste en considerar que en última instancia los fenómenos morales son elementos integrales del derecho; y que ambas provincias sólo pueden discriminarse provisionalmente.

[188] Como detalle técnico, explica ROSS, Ob. cit., p. 119, que lo que se conoce con el nombre de normas morales es sólo un esfuerzo vago de orientación, algo mucho más aéreo e impalpable que las normas jurídicas.

Para demostrar esta afirmación utiliza también el ejemplo del homicidio de la siguiente manera: Si por ejemplo el mandato "no matarás" o "no robarás" es concebido como un mandato moral su contenido será mucho más rico pero también mucho más difícil de aprehender y mucho más elástico que si se concibe como una norma jurídica. El mandato moral puede aplicarse no sólo a los casos en que el derecho permite matar (legítima defensa, en caso de guerra, pena de muerte), sino que tendrá una aplicación más amplia a conductas que no están contempladas por la ley como homicidio (las causas más remotas de la muerte de otra persona). El mandato moral "no robarás" puede aplicarse a conductas que están jurídicamente permitidas (por ejemplo ciertas operaciones bursátiles, etc.). Se puede afirmar, inversamente, que el mandato moral puede permitir matar o robar bajo circunstancias especiales a las que el derecho no da ningún efecto.

no matar. Como subrayan COBO/VIVES, el punto de vista de la moralidad no puede prevalecer en el ámbito del Derecho penal, porque éste es *Derecho*, esto es, un orden de la coexistencia humana, y no un sistema de salvación personal o un camino de perfección[189]. Pero una vez aceptamos este planteamiento como válido, creo necesario matizarlo (pues repito que una separación absoluta entre Derecho penal y moral no sólo no es cierta[190], sino que no sería soportable) y lo haré basándome en las consideraciones de ROXIN, quien manteniendo una posición similar a la aquí defendida, afirma que las normas jurídico-penales no están separadas del orden moral y de las concepciones culturales, ni son tampoco órdenes independientes de un déspota caprichoso, que podrían tener este contenido o cualquier otro; sino que encuentran su sustento en la convicción popular - que precede a la regulación jurídica - sobre lo justo y lo injusto. Esto tendrá también que aclararlo quien no quiera reconocer un reino absoluto y apriorístico de valores o un orden de creación divina[191].

---

[189] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 36, quienes parten de la distinción entre (deber) jurídico y (deber) moral realizada por Kant, sólo que los autores, tras citar expresamente a Kant, no refieren que el filósofo alemán realiza la distinción entre *deberes* jurídicos, y *deberes* morales, y no simplemente entre Derecho y Moral (como hacen COBO/VIVES). Con ello los autores evitan la referencia al concepto de *deber jurídico*, aunque se sirven expresamente de una distinción que surgió en torno al concepto de deber jurídico (por oposición al deber moral), y que desde su elaboración por Kant ha permanecido (en sus líneas fundamentales) hasta la actualidad, pero siempre, y desde el terreno de la filosofía del Derecho, para distinguir entre *deberes* jurídicos y *deberes* morales, y no para distinguir simplemente entre Derecho y Moral.

[190] En opinión de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, cit., p. 141, es precisamente el Derecho penal, el ámbito en el que probablemente la vinculación entre Derecho y Moral sea más fuerte. Vid. también pp. 123 y ss., y en especial, pp. 140-148, afirmando que la existencia en Derecho penal de deberes positivos no supone una moralización ilícita del Derecho penal. Mantiene un razonamiento convergente con el aquí sostenido, PERDOMO TORRES, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, cit., p. 91, cuando afirma que algunas normas jurídicas remiten a la eticidad, entendida ésta, sin embargo, como ética social (aquellos valores fundamentales del grupo), y de la misma forma un cambio de esta ética social puede tener la fuerza necesaria para generar una reforma al interior del derecho, especialmente en el ámbito del Derecho penal, donde derecho y eticidad se encuentran en la mayoría de los casos íntimamente relacionados.

[191] ROXIN, Teoría del tipo penal. (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico) Bacigalupo (Trad.), Buenos Aires, 1979, p. 184.

2. KANT aborda la distinción entre deberes morales y deberes jurídicos, y entiende que la moral está compuesta por imperativos que son obedecidos por su valor intrínseco; y que el derecho está constituido por imperativos a los que el hombre obedece y en conformidad a los que obra, en virtud de motivos distintos al deber de respetarlos: el puro acuerdo o desacuerdo de una acción con la ley, sin tener en cuenta su impulso, se llama *legalidad*, conformidad con la ley; cuando por el contrario, la idea del deber derivado de la ley es al mismo tiempo impulso de la acción, estamos ante la *moralidad*[192]. Lo importante es que para distinguir las normas morales de las jurídicas, no se tiene en cuenta el contenido de las mismas, sino el motivo por el cual el sujeto las obedece. Por ello, la misma conducta puede ser moral o jurídica según el motivo que las determina[193]. La diferencia entre el deber moral y el deber jurídico viene determinada porque mientras para el cumplimiento del primero es preciso que exista la conciencia del cumplimiento del deber (*Moralität*), para el segundo basta con que la conducta se realice conforme al precepto, con independencia de que para ello concurran otros motivos diferentes de la conciencia del propio deber (*Legalität*)[194]. Pero este es un plano de distinción puramente subjetivo, toda la distinción se basa en la propia percepción de la norma que haga el sujeto destinatario, y de sus motivos subjetivos para la acción.

La ley jurídica, en tanto tiene en cuenta solamente la conformidad exterior de las acciones con ella, no con el motivo interior que determina tales acciones, se refiere solamente a las acciones externas; mientras que la legislación moral exige que el impulso de la acción sea la idea del deber, y que por ello sea interno[195]. Como afirma CARPINTERO BENÍTEZ, según la lógica del sistema

[192] Cfr. FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 268.

[193] Cfr. FASSÓ, Ob. cit., p. 269.

[194] Vid., RADBRUCH, Filosofía del Derecho, cit., pp. 56-57, quien observa que la moral exige que se cumpla el deber por el sentimiento de ese deber, pero que el derecho admite otros impulsos. A la moral le basta únicamente la conciencia conforme a la norma, al derecho la conducta conforme al precepto, o con expresión kantiana: la moral exige "moralidad" (Moralität), el derecho sólo legalidad (Legalität).

[195] Cfr. FASSÓ, Historia de la filosofía del derecho, vol. II, cit., p. 268.

kantiano, el deber no puede ser sino una vinculación que el sujeto realiza por sí mismo y para sí mismo. Consecuentemente no queda sitio en el derecho para hablar de "deber". Ya que el derecho es el campo de la "Legalität", esto es, de la obediencia forzada por miedo al castigo[196].

3. Aún con críticas, la distinción entre deberes morales y deberes jurídicos se ha mantenido a lo largo del tiempo. Y es opinión corriente, aunque de un modo simplificado, contraponer la obligación moral como aquella debida por respeto a la ley, de la obligación jurídica descrita como aquella que se asocia a la amenaza de una pena[197].

Las actitudes morales son aquellas conductas que poseen un sello de desinteresada validez, inspirada por la sugestión individual que ha sido inculcada en los individuos al educarse[198]. Se desarrollan a través del contacto individual. Esta es una característica diferenciadora básica. Podemos afirmar, siguiendo a ROSS, que la moral – ya que su validez surge en forma inmediata de la interna conciencia – es *autónoma*; no obedece a decisiones externas de autoridad. No reconoce otro legislador que la razón pura, y ningún otro tribunal que la conciencia[199]. Frente a una concepción autónoma, individual y autocrática de las conductas morales, hay que poner de relieve la dimensión social, comunitaria y reguladora de la convivencia intersubjetiva, de las actitudes jurídicas. Las actitudes jurídicas tienen un origen distinto; son elementos integrantes de una institución social, mantienen la obligatoriedad del sistema. Y pienso que ROSS aporta aquí una visión fundamental: las actitudes jurídicas (las normas jurídicas), no están interesadas en el individuo y su entorno, sino en la organización externa

---

[196] Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, "Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico", cit., p. 153.

[197] Vid. PASSERIN D'ENTRÈVES, "Intorno all'obbligo politico", cit., p. 157.

[198] Cfr. ROSS, Towards a Realistic Jurisprudence, cit., p. 113.

[199] Vid. ROSS, Ob. cit., p. 114, que añade que la moral es autocrática, esto es, que no reconoce otro poder ejecutivo que su propia estimación ideal de validez.

del intercambio social, es decir, en el Estado como institución social[200]. Las nociones jurídicas están asociadas con instituciones sociales, mientras que las nociones morales están relacionadas con individuos. El derecho, en contraste con la moral es un orden social, esto es, un conjunto de conductas coordinadas comunes a un grupo de individuos[201]. Observamos una coherente conexión entre el carácter obligatorio del derecho, como mecanismo que para su auto-regulación necesita tener capacidad para imponer conductas coactivamente (esto es, imponer deberes u obligaciones, y por tanto, también en el ámbito penal), y su dimensión funcional y teleológica que no es otra que mantener la paz social por medio del aseguramiento y mantenimiento del sistema social[202]. Por ello, para ROSS las nociones jurídicas constituyen una coherencia organizante, intersubjetiva (inter-individual), y mutuamente *obligatorias*, y crean de esta manera una organización de intercambio humano[203].

El deber jurídico[204] debe estar reconocido por una norma perteneciente al ordenamiento, es decir, para poder hablar de obligación jurídica es necesario que ésta esté recogida en una norma. La característica de pertenencia al ordenamiento significa que esta norma creadora de la obligación jurídica debe ser una norma válida, creada de acuerdo a los criterios formales y materiales propios del ordenamiento jurídico[205]. De ello deriva que no es posible afirmar la existencia de un deber, si con anterioridad alguien no lo prescribe, y en este caso, mediante los mecanismos de creación de normas establecido por el propio ordenamiento

[200] Cfr. ROSS, Towards a Realistic Jurisprudence, cit., p. 114.

[201] Cfr. ROSS, Ob. cit., pp. 115-116.

[202] Conviene no olvidar que en todo este trabajo el sistema de referencia es el Estado social y democrático de derecho proclamado en el artículo 1º de la Constitución española.

[203] La función del derecho es crear sociedades, crear la paz y unir. En él las ideas individuales o de clase en conflicto, o los intereses de un tipo moral y económico se unen, ajustan y objetivan. El derecho es siempre un compromiso que significa la paz.(Frente a esto la moral es individual), Cfr. ROSS, Ob. cit., p. 116.

[204] Sobre el concepto de deber jurídico, vid., NINO, Introducción al análisis del Derecho, 3ª. Ed., Barcelona, 1987, pp. 190 y ss.

[205] DE ASIS ROIG, Deberes y obligaciones en la Constitución, cit., p. 187.

jurídico. En principio, en todo deber existe una vinculación jurídica de la conducta. Por ello, cuando se dice que una persona tiene una obligación jurídica, significa que otras personas, con fundamento en una norma compartida, pueden exigirle la realización de cierta conducta, de forma que se considere adecuado el uso de la fuerza social organizada para conseguir la realización de la misma, o en caso de incumplimiento, la imposición de una sanción[206]. El deber jurídico-penal es obligación de una determinada conducta que no defraude las expectativas de los demás, expectativas que se han formado por medio de la regulación normativa, y sobre la base de las cuáles se regula la convivencia en sociedad y se mantiene la coherencia del sistema. Esta obligación comportamental poco tiene que ver con criterios morales. Del deber jurídico-penal de actuar no se puede extraer ninguna conclusión acerca del deber moral o racional de actuar, no porque el deber jurídico-penal sea un deber subordinado al moral, sino porque es un deber de otro tipo, independiente de cualquier deber moral o de racionalidad[207]. La posición mantenida en este trabajo es que del derecho, de las normas jurídicas pueden extraerse conclusiones normativas de deber, postura que además es mayoritaria en la doctrina; y que trasladado al ámbito penal, como subsistema jurídico sancionador, implica mantener la existencia de deberes jurídico-penales de actuar conforme a ese deber (bien de forma activa, bien de forma omisiva)[208]. El deber jurídico no es sino la necesidad de un

[206] Vid. DELGADO PINTO, "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, pp. 37-38.

[207] Vid., REDONDO, "El carácter práctico de los deberes jurídicos", en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 21, Vol. II, 1998, p. 362, para la autora, a su vez ello no significa que el deber jurídico carezca necesariamente de valor moral; lo único que significa es que el rasgo de la conformidad con un deber moral de actuar no forma parte de su significado, y es una cualidad contingente, que puede o no tener.

[208] En otro apartado del trabajo abordaré el estudio de la norma penal como norma de conducta (Cfr., punto 2 del Cap. III, de la "Primera parte" de este trabajo). Ahora, brevemente indicar que, y siguiendo las consideraciones de REDONDO, "El carácter práctico de los deberes jurídicos", cit., p. 65, quien obtiene conclusiones normativas de deber, a partir del derecho, no es un positivista ideológico; dado que el derecho es normativo y permite obtener tales conclusiones. Positivista ideológico es quién sostiene que los deberes jurídicos implican el deber moral o racional de actuar, cometiendo una falacia definista; o bien quién defiende que las

comportamiento adecuado al Derecho. El deber jurídico-penal, no es sino la necesidad de un comportamiento adecuado a la norma penal.

2.1. La obligación (moral o política) de obedecer al Derecho (penal).

1. El deber jurídico-penal, la fuerza vinculante de las normas jurídico-penales, es una característica jurídica que depende de criterios de creación y aplicabilidad independientes de los dictados de la moral. La pregunta es ¿Si, y hasta qué punto el acto motivador de la creación de una norma jurídica, de una obligación jurídico-penal, está sometido a criterios morales previos; y si el deber de obediencia al derecho así creado tiene en su base una influencia ética, moral o política?

Se admite que una norma penal que satisface los criterios jurídicos de aplicabilidad, por ello mismo impone un deber jurídico-penal de actuar: tiene fuerza obligatoria desde un punto de vista jurídico y es relevante en un balance global de razones. Pero la relevancia del deber no es de carácter moral[209]. Si partimos de esta caracterización de la obligación jurídica, un debate que se suscita en la doctrina, es el de si hay que aceptar que el fundamento último de los enunciados de obligación se encuentran en alguna razón moral de obedecer el derecho.

2. El fundamento inmediato de un enunciado de obligación penal se encuentra, desde luego, en alguna norma válida que forma parte del orden jurídico-penal. A su vez, la validez de la norma penal descansa en última instancia, en su conformidad con los requisitos establecidos en el sistema de

---

razones o deberes jurídicos prevalecen sobre otras razones o deberes, autónomas o heterónomas que se aplican a un agente.

[209] Vid. REDONDO, Ob. cit., p. 368, manteniendo que la relevancia de un deber jurídico en tanto tal, i.e., su capacidad de incidir en el momento de responder a la pregunta sobre ¿qué se debe hacer?, se basa en que aquél se encuentra establecido por las normas que satisfacen criterios efectivamente apoyados por la presión social.

fuentes del derecho que componen el núcleo de la regla constitucional del sistema, de su regla de reconocimiento[210]. Una vez llegados a este punto, hay que llevar el razonamiento un paso más allá: el que esa regla básica constituya, por su parte, una regla vinculante para determinar cuáles son las normas válidas sólo puede fundamentarse en que la misma resulta moralmente aceptable, es decir, en que exista una razón moral para obedecer el derecho[211]. Esta conclusión es necesaria para evitar una argumentación circular[212] o de regreso al infinito. Coincido con la posición mantenida al respecto por PÉREZ LUÑO[213] cuando expone que el planteamiento de la obligación jurídica como obligación moral dimana de la necesidad de eludir el círculo vicioso de autorreferencias o el regreso al infinito. Si las obligaciones jurídicas se derivan de leyes, tendría que haber una ley que dijese que debemos obedecer a la ley. ¿Qué obligación habría entonces, de obedecer a esa ley? Si fuera una obligación legal, entonces tendría que haber otra ley que la reconociera...etcétera. Por tanto, si hay alguna obligación de obedecer la ley, debe ser en última instancia una obligación moral[214]. Sin embargo pienso que esto debe matizarse de la siguiente manera: si

[210] Cfr. en este sentido DELGADO PINTO, "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", cit., p. 38.

[211] Vid. ampliamente DELGADO PINTO, Ob. cit., pp.15 y ss., y en especial p. 38.

[212] Acertadamente, RADBRUCH, Filosofía del Derecho, cit., p. 103, explica que, en busca del fundamento de la validez, tropieza fatalmente todas las veces la teoría jurídica de la validez […]. Deducirá la validez de un precepto jurídico de la de otro precepto, la de un decreto ley de la de una ley, y la validez o vigencia de una ley de la de la Constitución; pero la Constitución misma puede y tiene que concebirse en una teoría puramente jurídica de la validez, como causa sui. Esta teoría puede, por tanto, demostrar la validez de un precepto jurídico en relación con otros preceptos jurídicos, pero nunca, en cambio, la validez de los preceptos jurídicos supremos, los llamados principios fundamentales y, por eso mismo, jamás la validez de una ordenación jurídica como un todo.

[213] Cfr. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber?", cit., pp. 382-383, y passim.

[214] Cfr. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber?", cit., p. 383; y DELGADO PINTO, "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", cit., p. 38, exponiendo que las razones de orden moral que pueden alegarse para justificar la obediencia al derecho pueden ser diversas. En un sistema democrático puede aducirse la razón de que es moralmente obligatorio atenerse a las normas que derivan de una constitución democrática. Pero también es posible alegar otras razones de corte utilitarista. Qué razones pueden considerarse válidas y cuáles no, es un tema sobre el que no podemos entrar. En contra, vid. por ejemplo, CAMBRÓN INFANTE, "Notas sobre la obediencia jurídica en J. Bentham", cit., pp. 147-148.

existe una razón primigenia de obediencia a la ley, ésta no es desde luego (por imposibilidad lógica) jurídica; pero que no sea una obligación jurídica no implica necesariamente que deba ser una razón moral; salvo que entendamos que toda aquella obligación que no es jurídica es necesariamente moral, pues sólo existen estas dos clases de deberes. Entonces por razón moral también puede entenderse: razón práctica, razón política, razón ética, razón utilitarista, y de nuevo habrá que aceptar que si hay alguna obligación de obedecer a la ley, es, en última instancia, una obligación moral (entendiendo por moral todas o algunas de las razones que se acaban de enumerar).

3.Conviene advertir que la obediencia al derecho no es un fin en sí misma, sino que tiene un carácter funcional, se trata de un medio orientado hacia fines determinados: los valores fundamentales de la sociedad justa, y en la actualidad el Estado social y democrático de derecho[215]. Cuando el artículo 9 de la Constitución española dispone que: *los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*, lo que está haciendo es asegurarse que todos cumplan con sus obligaciones (las penales incluidas), para garantizar el mantenimiento y la subsistencia del Estado social y democrático de derecho que ella misma representa[216]. Por ello, en su aspecto funcional, en su fundamento y sus fines los deberes jurídicos tienen siempre una dimensión ética. Acertadamente argumenta PÉREZ LUÑO, que en el Derecho público (y por tanto en el Derecho penal), será la legitimidad de los fines la que permitirá deslindar, en la actuación de los deberes de los funcionarios, la discrecionalidad de la arbitrariedad, o de la desviación de poder[217]. En una línea

---

[215] Vid. PÉREZ LUÑO, Ob. cit., p. 400, apuntando que la obediencia al derecho no puede ser reputada un instrumento neutro al servicio de la consecución de cualquier tipo de fines.

[216] Otro argumento jurídico en apoyo de esta tesis es que la Constitución española, en su Preámbulo, admite expresamente su voluntad de: Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

[217] Cfr. PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber?", cit., p. 401.

convergente con nuestra postura, no es de extrañar que BACIGALUPO haya señalado que los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio de poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho[218]. Y es que, en el Estado social y democrático de derecho, todos los deberes jurídicos (deberes penales incluidos) se orientan mediata o inmediatamente, a la consecución de los fines constitucionales proclamados en el sistema de valores y derechos fundamentales, que como indica PÉREZ LUÑO representan el punto de encuentro entre el Derecho, la moral y la política[219].

La cuestión de la obligación jurídica, del concepto de deber, de la obediencia al derecho, tiene una indudable dimensión política que no debe ignorase, y que estará siempre vinculada a la doctrina que se mantenga respecto a los fundamentos de legitimidad del poder del que las normas emanan. Por ello (y adelantando temas), cuando hablemos de deberes positivos y de delitos de infracción de deber, estaremos en la encrucijada entre conciencia individual y fundamentos de la convivencia colectiva, en el cruce entre moral y política cuyo punto de encuentro viene determinado como indica GARCIA AMADO, precisamente por el *derecho*[220]. El derecho, en general, y el Derecho penal en particular, se ubicará en lugares distintos del plano según el modo en que se entiendan la moral y la política, según el papel que se asigne a lo individual y a lo colectivo a la hora de trazar el diseño teórico de una convivencia racional[221].

---

[218] Cfr. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1991, p. 352, quien considera los delitos de funcionarios como delitos de infracción de deber, como la doctrina mayoritaria en Alemania, y una cada vez más numerosa doctrina en España; sobre ello vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en Revista Canaria de Ciencias Penales, nº 3, Julio 1999, *passim.*

[219] PÉREZ LUÑO, Ob. cit., loc. cit., en nota al pié nº 50.

[220] Cfr. GARCÍA AMADO, "Dos visiones de la desobediencia. Etica discursiva contra teoría de sistemas", en XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho, Oviedo, 1990, p. 206.

[221] Vid., GARCÍA AMADO, Ob. cit, loc. cit.

Observamos en consecuencia, cómo el Estado se ha ido desplazando por ese plano, desde una visión liberal-individualista, en la que predominantemente el Derecho penal aseguraba el mantenimiento del pacífico disfrute de los derechos subjetivos elevados a la categoría de bienes jurídico-penales; hasta una visión del Estado como social y democrático de derecho, en el que el valor de lo colectivo adquiere mayor importancia[222], y ello deriva en la progresiva implantación de deberes positivos a las personas, necesarios para el mantenimiento de la convivencia social. Se unen de este modo dos conceptos básicos de nuestro estudio, el del deber jurídico-penal, y el de la forma de Estado o de configuración del sistema político en el que van a imponerse determinadas obligaciones cuya infracción va a ser castigada mediante el recurso a la pena.

3. Brevemente: una visión negadora de la existencia de cualquier tipo de deber jurídico, al menos en su dimensión ontológica.

1. A pesar de ser una opinión doctrinalmente aceptada por la inmensa mayoría de los filósofos del derecho (como hemos visto, desde el iusnaturalismo hasta la actualidad), la existencia de deberes jurídicos, y por tanto de deberes jurídico-penales, ha sido cuestionada - de forma sugestiva - por algunos autores.

En esta línea, la posición del realismo escandinavo por ejemplo, consiste en desvalorizar el concepto mismo de deber jurídico. Así, para HÄGERSTRÖM, el concepto de deber jurídico tiene una base "mística", y cuando se examina la

---

[222] Como ha señalado PARSONS, El sistema social, Jiménez Blanco/Cazorla Pérez (Trads.), Madrid, 1966, p. 59, los criterios de valor que definen las expectativas de rol institucionalizadas asumen, en un grado mayor o menor, una significación moral. La conformidad con ellos, en este sentido, se convierte hasta cierto punto en una cuestión de cumplimiento de las obligaciones que el ego comporta, en relación con los intereses del sistema de acción más amplio en el que se encuentra implicado, es decir, el sistema social. El compartir esas pautas de valores comunes, conlleva un sentido de responsabilidad para el cumplimiento de las obligaciones, creando por ello una solidaridad entre aquellos que se encuentran mutuamente orientados hacia los valores comunes.

noción de deber jurídico sólo se encuentra un impulso conativo[223], (o una impulsión psíquica). Es una idea referida a su poder sobrenatural. HÄGERSTRÖM critica los intentos de reducir un deber jurídico a una relación fáctica; para el autor[224], un deber no se identifica con el hecho de que se ha dictado una orden por la autoridad legislativa, ni con el hecho de que la autoridad amenaza con aplicar una sanción en caso de incumplimiento del deber. A partir de aquí, HÄGERSTRÖM es conducido inevitablemente a la concepción de que la noción de deber jurídico no puede ser definida con referencia a ningún hecho, sino que tiene una base mística, tal como ocurre con el derecho subjetivo[225]. El deber jurídico es un vínculo místico o sobrenatural, es una pura ilusión. La idea de estar obligado a hacer algo genera un sentimiento de estar bajo presión; y este sentimiento alimenta la creencia de que existen poderes y vínculos reales[226]. Por ello HÄGERSTRÖM afirma que históricamente, las ideas de derechos y obligaciones son explicadas como derivaciones de ideas primitivas de poderes y vínculos sobrenaturales que podrían ser establecidos y manipulados por medios mágicos[227].

LUNDSTEDT, discípulo de HÄGERSTRÖM propuso que los términos "derecho subjetivo" y "deber" fueran evitados en el lenguaje científico[228]. Si no hay derechos subjetivos ni deberes; cuando la teoría jurídica pretende examinarlos, apreciar su importancia y establecer las condiciones de su existencia, su objeto es ilusorio[229].

---

[223] HÄGERSTRÖM, Inquires into the Nature of Law and Morals, Uppsala, 1953, pp. 6 y ss.

[224] Vid. el estudio que sobre las tesis de HÄGERSTRÖM lleva cabo OLIVECRONA, Lenguaje jurídico y realidad, Garzón Valdés (Trad.), Buenos Aires, 1968, pp. 20 y ss. La cita está en p. 23.

[225] Cfr. HÄGERSTRÖM, Ob. cit., p. 8.

[226] Cfr. OLIVECRONA, Ob. cit., p. 25.

[227] Cfr., OLIVECRONA, Lenguaje jurídico y realidad, cit., p. 25.

[228] Vid., OLIVECRONA, Ob. cit, p. 27.

[229] Cfr., OLIVECRONA, Ob. cit., p. 26.

OLIVECRONA, añade que hay que abandonar los intentos de identificar derechos y deberes con hechos reales, ya que nunca tendrán éxito. Los derechos y deberes no son concebidos como situaciones fácticas. La idea es que la situación fáctica debe ajustarse al derecho o al deber.[230] Es decir, según la visión mantenida por OLIVECRONA, el concepto de *deber* carece de referencia fáctica y no significa nada en absoluto. El deber no está situado en el mundo real, sino sólo en nuestra imaginación[231]. Para el autor, un enfoque antimetafísico, en la línea seguida por HÄGERSTRÖM, es el único posible desde un punto de vista científico, aunque reconoce que éste plantea muchos problemas[232].

Para OLIVECRONA, el propósito de todas las disposiciones jurídicas, y por tanto las penales, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de cierta manera; por ello, el lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin[233]. Y lo llama *lenguaje directivo*, por oposición al lenguaje *informativo.* Pero ya está reconociendo que la función de la norma escrita (mediante lenguaje directivo) es la de ser una norma de conducta, que su función es la de influir de determinada manera en las conductas de las personas; luego al crear un texto jurídico-penal se pretende dirigir la conducta en el sentido esperado por la ley. Y esta pretensión de dirección de conductas en el sentido esperado por la ley, si no es ontológicamente la creación de una obligación de actuar o de omitir, al menos se le parece mucho. Aunque OLIVECRONA advierte que explicar los fundamentos de la obligatoriedad de las normas como una fuerza endógena de las normas conduce, al menos en las investigaciones de índole positivista, a la negación de la obligatoriedad del derecho, una vez que no

[230] Cfr., OLIVECRONA, Ob. cit., p. 29.

[231] Vid., BOBBIO, "Considerazioni in margine", cit., p. 239-240, explicando que, según Olivecrona existen sólo sensaciones de deber y a ellas se conecta la idea de un vínculo imaginario.

[232] Cfr., OLIVECRONA, Lenguaje jurídico y realidad, cit., pp. 29-30; problemas como que ningún jurista reconocerá que su idea de deber es la de un vínculo o un poder misterioso. O que el derecho es inconcebible sin derechos subjetivos y deberes, pues no es fácil ver en qué pueda consistir el derecho si faltan derechos subjetivos y deberes.

[233] Vid. OLIVECRONA, Ob. cit., p. 43.

hay indicios empíricos de dónde resida esa pretendida vinculatoriedad de las normas y de cómo opere[234]. Esta teoría rechaza el que exista una norma primaria, dirigida al ciudadano, y que consista en un deber-hacer; los ciudadanos no deben abstenerse de llevar a cabo conductas homicidas porque no hay ninguna norma que se lo exija, los ciudadanos no deben colaborar con la administración de justicia puesto que la obligatoriedad no es una fuerza inherente a las normas; luego yo, como ciudadano, no puedo comportarme con la expectativa de que nadie me vaya a clavar un cuchillo por la espalda cuando salga a la calle a pasear, o con la expectativa de que nadie (ningún funcionario) prevarique en la organización de los asuntos de la administración, pues nadie debe, nadie tiene obligación jurídica alguna de adecuar su conducta (la esperada por mí, o por el resto de ciudadanos) a norma alguna, puesto que éstas carecen de fuerza obligatoria. El deber jurídico-penal, que como ya he señalado anteriormente, no es sino la necesidad de un comportamiento adecuado a la norma penal, no existiría. Pero entonces las preguntas son: ¿Puede mantenerse estable un sistema social en el que no existan por parte de sus componentes ni derechos ni deberes? ¿En el que no existan expectativas de conducta normativamente garantizadas? ¿En el que no se cumpla la doble contingencia de LUHMANN, esto es, que yo no sepa lo que puedo esperar de los demás, y que los demás no sepan lo que pueden esperar de mi? Resulta francamente difícil de imaginar.

Ello no impide que las tesis de OLIVECRONA resulten también particularmente atractivas así, estoy de acuerdo cuando afirma que el derecho, la ley, es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Y que esto significa que las normas jurídicas son, por un lado, efectos producidos por ciertas causas y, por otro lado, causas productoras de ciertos efectos[235]. La idea de que el derecho no sea sino la ley, el texto de la ley, y que además sea considerado el texto de la ley como un hecho, no dejan de ser conceptos de amplio interés científico. Aunque

[234] En detalle, OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, "Los componentes subjetivos de la obligación de obedecer al derecho", cit., p. 340-341.

[235] La cita es de HERNÁNDEZ MARÍN, Introducción a la teoría de la norma jurídica, 2ª ed., Madrid, 2002, p. 11.

con ello se está negando la existencia de una norma[236], en su concepto bindingniano, es decir, una norma implícita en el texto de la ley, (y que sería por ejemplo la que en el homicidio "prohibe matar a otro"). Evidentemente, no es este el lugar adecuado para desarrollar todo el potencial que la colisión entre estas dos maneras de configurar el derecho tendrían en el ámbito penal, y excedería el puro objetivo ejemplificador que tiene este breve apunte a las teorías realistas.

2. En España es HERNÁNDEZ MARÍN, en una línea argumentativa similar a la de OLIVECRONA, quien mantiene que las normas jurídicas no tienen fuerza obligatoria. Sintetizamos en lo que sigue sus ideas, y observamos las consecuencias de las mismas en el ámbito del Derecho penal. Para HERNÁNDEZ MARÍN, la ley se identifica con el texto de la ley[237], esto le lleva a rechazar la existencia de cuasientidades, y las tesis de que las leyes son cuasiproposiciones: dentro de la ley no existen ni la voluntad de la ley, ni el espíritu de la ley, ni el fin de la ley, ni la función de la ley, etc.[238] Rechaza la existencia de estas cuasientidades porque no existen, o porque si existieran no estarían contenidas en la ley. El texto de la ley (o la ley a secas) es un hecho, concretamente un hecho lingüístico[239]; ya no se habla de norma, sino de "enunciado jurídico"[240].

---

[236] VON WRIGHT, Norma y acción. (Una investigación lógica), García Ferrero (trad.), Madrid, 1979, en el prefacio de su libro (p. 18), señala que la concepción de la lógica deóntica como lógica de proposiciones-norma remite a la cuestión de qué signifique decir que las prescripciones, o las normas en general, existen. ¿En dónde reside la "realidad" de una norma? Este es el problema ontológico de las normas; vid. también, pp. 123 y ss.

[237] Vid. con amplitud el desarrollo que realiza HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit., pp. 131 y ss.

[238] Vid., HERNÁNDEZ MARÍN, Introducción a la teoría de la norma jurídica, cit., p. 132.

[239] Cfr., HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit., p. 136; de forma gráfica lo expone en p. 139: "El derecho no está compuesto de ningún gas celestial. Frente a la rica, e incluso exuberante, imagen del derecho que resulta de la concepción estándar, la concepción del derecho ofrecida en éste capítulo relega el derecho al reino de la tipografía, y ofrece una visión desolada del derecho; el derecho se reduce a una serie de enunciados inscripciones. Mas por cruda que pueda parecer esta descripción del derecho, lo cierto es que no hay otra cosa".

En cuanto a la relación entre normas jurídicas primarias y normas jurídicas secundarias, HERNÁNDEZ MARÍN, parte de la concepción de ROSS, y la pone en duda[241]. ROSS afirma, casi expresamente que la norma jurídica secundaria implica lógicamente la norma jurídica primaria correspondiente, en el siguiente pasaje: si uno sabe que las leyes prescriben a los tribunales poner en prisión al culpable de homicidio, entonces [...] uno sabe ya que está prohibido cometer homicidio. Esta última norma está ya implicada en la primera, es decir, en la que va dirigida a los tribunales. Lógicamente, por tanto, aquélla no tiene existencia independiente[242]. Donde más extendida está la tesis de ROSS es entre los penalistas, por esta razón HERNÁNDEZ MARÍN, tras afirmar que la tesis de que las normas jurídicas primarias (dirigidas a los individuos privados) se deducen de las normas jurídicas secundarias correspondientes (dirigidas a los jueces), carece de cualquier justificación[243]; analiza la tesis según la cuál nuestro Código penal prohibe el homicidio, el robo, etc. Partimos de lo siguiente: en los códigos penales actuales no existen enunciados que digan "prohibido matar", "prohibido robar", sólo existen enunciados del tipo: "el que matare a otro será castigado con tal sanción". No obstante la mayoría de la doctrina penal sostiene que el Código penal prohibe el homicidio, o el robo; no de forma expresa pero sí de forma implícita. Según HERNÁNDEZ MARÍN ello es criticable, porque de la norma jurídica secundaria no puede deducirse la primaria[244]; o dicho en otros términos, del enunciado prescriptivo jurídico "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a 15 años"(norma

---

[240] HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit., p. 141.

[241] HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit., p. 232 y ss.

[242] ROSS, Directives and Norms, London, 1968, p. 91; la referencia es de HERNÁNDEZ MARÍN, p. 233.

[243] HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit, p. 237; Para la crítica de la tesis desde la lógica de las normas, y desde la interpretación asertiva o prescriptiva de la norma secundaria, vid. pp. 234-238.

[244] HERNÁNDEZ MARÍN, Introducción a la teoría de la norma jurídica., cit., pp. 238 y ss.

secundaria), no puede deducirse el enunciado prescriptivo no formulado "prohibido matar" (norma primaria). Tampoco acepta que la norma jurídico-penal tenga dos sentidos: "el que matare a otro será castigado...", y "Prohibido matar": esto lo llama interpretación ambigua de las normas penales[245]. La conclusión a la que llega HERNÁNDEZ MARÍN no deja de ser sorprendente: si nuestros ordenamientos jurídicos, concretamente nuestros códigos penales no prohiben de forma expresa ni tácita, los actos calificados como delitos (el homicidio, el robo, etc.), entonces quien comete un delito no viola ninguna norma jurídica, no realiza en rigor un comportamiento contrario a Derecho, un comportamiento antijurídico. Para HERNÁNDEZ MARÍN, el delito no es un comportamiento antijurídico[246].

Esto resulta "lógico" para el autor, puesto que según su entender, los códigos penales no contiene normas jurídicas primarias, ni de forma tácita ni de forma expresa, pues para evitar conductas delictivas basta con la existencia de las normas secundarias dirigidas a los jueces encargados de aplicar la sanción. Lo curioso de esta visión (no obstante su enorme potencial para una total revisión de toda la teoría del delito!), es que admite que las únicas personas a quienes el Derecho penal dirige una obligación de hacer, o de llevar a cabo una determinada conducta, son los jueces.

4. ¿Pueden derivarse lógicamente las *normas primarias* de las *normas secundarias*? ¿En caso contrario, puede sin embargo afirmarse, en un plano normativo, su existencia?

[245] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit, p. 240.

[246] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Ob. cit., loc. cit; Aunque en contra, ya MEZGER, Tratado de Derecho penal, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955, p. 344, calificaba de "grotesca" la opinión de que el delito no es un injusto.

1. Las reflexiones que a continuación expongo son un intento de demostrar la posibilidad de inferir lógicamente las normas primarias de las normas secundarias; aunque al afrontar la tarea asumo conscientemente la dificultad que ello entraña. Comenzaré planteando dos preguntas a quienes niegan la existencia de las normas primarias : Una, ¿Tienen los jueces (norma secundaria) solamente la obligación de imponer una pena a quien haya matado a otra persona; o tienen también la obligación según el Derecho penal (norma primaria que esta teoría niega) de no prevaricar[247]? Dos ¿Si tienen la obligación

[247] También SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 313, y posteriormente MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad penal y sistema del delito, cit., pp. 617-618 y nota 15, se han fijado en el delito de prevaricación, como relevante en el ámbito de la teoría de las normas. Expondré más adelante las opiniones de SILVA SÁNCHEZ, y ahora analizaré la tesis de MOLINA FERNÁNDEZ. Para dicho autor la prevaricación judicial se presenta como una puerta que abre una cadena normativa. El razonamiento se desarrolla (si lo he entendido bien) mas o menos del siguiente modo: En el supuesto de prevaricación judicial la norma de comportamiento del juez (J. nº 1) sería ("prohibido prevaricar"; "tú no debes prevaricar") primaria desde su punto de vista; esta norma a su vez puede estar sancionada con una norma secundaria (que MOLINA FERNÁNDEZ define como terciaria para el ciudadano) dirigida a otro juez (J. nº 2) que deberá aplicar una sanción en el caso de que se lleve a cabo un comportamiento prevaricador por parte de J.1; pero, y aquí es donde empieza la cadena, a su vez esta norma secundaria para J.2, es norma primaria también para J.2 (que también tiene prohibido prevaricar), y ello implicará que surge a su vez una norma secundaria (deber de aplicar la sanción en caso de prevaricación de J.2) para un tercer juez (J nº 3) y así sucesivamente...

El argumento es sin duda muy interesante, pero no abre una cadena normativa conceptual cerrada, sino todo lo contrario, es el punto clave que permite la conexión de la norma secundaria con todo el resto del ordenamiento jurídico-penal:

Cuando un juez prevarica, lo hace respecto de la norma primaria a él dirigida, en calidad de "ciudadano" (como "ciudadano destinatario de las normas primarias")/ y surge obviamente una norma secundaria para un "juez" (no para "otro juez", o para un "juez nº2", pues asumo que las normas primarias se dirigen siempre a todos los ciudadanos, y no sólo a los "ciudadanos-juez").

Simplificando, (tomaré el ejemplo de las obligaciones de un "juez" frente a un homicidio cometido por un "ciudadano"): Cuando se comete un homicidio, un "ciudadano" ha infringido una norma de conducta o norma primaria que le prohibía matar; y al mismo tiempo surge para un "juez" el deber de castigarlo con una pena, pues así lo establece la norma secundaria. (Y sin entrar en disquisiciones, admitamos que hemos deducido ambas normas del artículo 138 del Código penal). Con ello obtenemos una conclusión que me parece fundamental para situar bien el problema, y es que: de un enunciado prescriptivo sólo se deducen dos normas - la primaria dirigida al ciudadano y la secundaria al juez; y a su vez de la secundaria dirigida al juez se crea una conexión con todo el resto del ordenamiento jurídico-penal. - pero no sólo surgen tres normas como parece proponer MOLINA FERNÁNDEZ. Del enunciado prescriptivo en que consiste el artículo 138 del Código penal no puede deducirse implícitamente tan sólo una (tercera) norma dirigida también al juez que rezaría (Tú no debes prevaricar).

De la norma secundaria "tú juez debes imponer un castigo al homicida", surge a su vez, no sólo una norma primaria que le prohibe prevaricar, sino una conexión general con todo el ordenamiento jurídico-penal, esto es, también una NP que le impide matar al secretario judicial, otra NP que le impide robar un banco, otra NP que le impide hacer saltar por los aires la

de no prevaricar (norma primaria, “Prohibido prevaricar”) son los únicos ciudadanos a los que el Derecho penal dirige una norma primaria; o también existirá la obligación de no matar, no lesionar, comparecer ante una Comisión de investigación, etc.?

Según se conteste a estas preguntas, podría llegarse al "absurdo" de que en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, los jueces tienen la obligación de dictar sentencias, pero no tienen prohibido prevaricar; o bien tienen prohibido prevaricar, pero no tienen prohibido matar, robar, etc.

2. SILVA SÁNCHEZ[248], utiliza también el delito de prevaricación judicial, para demostrar que existen normas primarias dirigidas a los jueces; pero

---

Audiencia Provincial, y así hasta donde se quiera llegar. Pongo estos ejemplos, porque no sólo prevaricando el juez incumple con el mandato de la norma secundaria, también lo hace si el día en que está señalado el juicio, en vez de dictar sentencia resolviendo el asunto se dedica a matar, robar, o a poner bombas. Y ya habrá deducido el lector, que si un juez mata, surgirá para otro juez una norma secundaria, exactamente igual que si prevarica o roba. Pero ello no abre una cadena normativa sin fin, como tampoco la abre el delito de prevaricación, lo que abre es una conexión global al resto del ordenamiento jurídico-penal.

El delito de prevaricación judicial, y creo que esto también lo ha intuido acertadamente MOLINA FERNÁNDEZ aunque no lo diga de manera expresa, incorpora un potencial conceptual muy interesante cuando pretendemos demostrar que las normas penales no son sólo las secundarias, y que por tanto los jueces no son las únicas personas que en un Estado social y democrático de Derecho tienen obligaciones jurídico-penales. La figura jurídico-penal de la prevaricación demuestra que un juez, como "juez destinatario de una norma secundaria", tiene el deber de castigar con una pena cuando se produce el supuesto de hecho contenido en la ley, o cuando se infringe por parte de un ciudadano la norma primaria. Y que ese mismo juez, en calidad de "ciudadano al que se dirige una norma primaria", tiene el evidente deber de no prevaricar, y los, para mi no menos evidentes, deberes de no matar, no lesionar no agredir sexualmente a otras personas, etc...Todo este universo de obligaciones surge de una multitud de normas primarias distintas que se dirigen a todos los ciudadanos; incluyendo aquellos que eventualmente ostentan la condición de jueces. Aquí es donde reside el potencial del delito de prevaricación, en que sirve para demostrar lo ilógico de una teoría que pretenda mantener que los jueces (que además serían, según dicha teoría, los únicos ciudadanos de un Estado con obligaciones jurídico-penales) tienen la obligación de juzgar y de imponer una pena en un determinado caso (norma secundaria), pero a la vez no tendrían la obligación de no prevaricar ("Prohibido dictar sentencias o resoluciones injustas", o su equivalente "obligado dictar sentencias o resoluciones justas) norma primaria. Y si se admite que tienen el deber de no prevaricar, entonces se abre una puerta conceptual que nos lleva directos a admitir como lógico, que también tienen el deber de no matar, no robar, etc... Ello implica aceptar la existencia de las normas primarias dirigidas a todos los ciudadanos.

[248] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 313.

estas normas que SILVA denomina primarias para los jueces son las mismas que las secundarias de cualquier delito (Tú, juez, debes imponer una sanción), y de esta manera afirma su condición de normas jurídico-penales. En palabras de SILVA SÁNCHEZ:

> La estimación de que las normas que obligan a imponer una sanción son normas materialmente "penales" y no de otro género, exigiría probar que están respaldadas por una coacción jurídico-penal. Ello puede probarse, a mi juicio sin dificultad, por la existencia de un delito como el de la prevaricación judicial[249]. Las normas secundarias contenidas en todas las leyes penales constituyen, ciertamente contempladas desde otra perspectiva, una parte de las normas primarias (que en este caso sí aparecen formuladas "expresamente") subyacentes al delito de prevaricación judicial. Pero entonces hay que concluir que la consideración de las normas secundarias como normas penales depende de la apreciación de que en ellas cabe advertir normas primarias dirigidas a los jueces. Ello, pese a la aparente paradoja, probaría la necesidad de asentar cualquier concepción global del Derecho penal sobre la existencia de unas normas primarias jurídico-penales[250].

Creo que utilizando como base esta argumentación de SILVA SÁNCHEZ, puede irse más allá para tratar de derivar *lógicamente*, de las normas secundarias puestas en relación con el resto del ordenamiento jurídico, la existencia de normas primarias implícitas dirigidas a *todos* los ciudadanos. A ese intento dedico las reflexiones que siguen.

Primera parte de la argumentación:

La primera premisa es la siguiente: La norma secundaria (NS), contiene una obligación jurídico-penal (SILVA) para los jueces, de juzgar e imponer sanciones cuando se produzcan los supuestos de hecho previstos explícitamente en la ley penal.

Segunda premisa: Las NS única y exclusivamente se dirigen a los jueces, y no a los ciudadanos.

[249] Cfr. Artículo 446 del Código penal.

[250] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Ob. cit, p. 313.

Tercera premisa: Los jueces también son ciudadanos.

Primera conclusión: *Explícitamente* (NS) sólo los jueces tienen obligaciones jurídico-penales en un Estado social y democrático de derecho. O lo que resulta equivalente, los jueces son los únicos ciudadanos que tienen obligaciones jurídico-penales expresas.

Segunda parte de la argumentación:

Primera observación: La NS conecta al juez, mediante su mandato de sanción, con todo el *resto del ordenamiento jurídico*, (con los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial o con los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc.).

Segunda observación: La NS conecta al juez con todo el resto del ordenamiento *jurídico-penal.*

Una pregunta: ¿Al conectar la NS al juez con todo el resto del ordenamiento jurídico-penal, sigue teniendo el juez tan sólo la obligación de dictar una sentencia penal?

Segunda pregunta: ¿O mediante esta conexión de la NS, se genera también para el juez una nueva obligación jurídico-penal, como por ejemplo la de dictar sentencias penales justas ?

Primera conclusión: La conexión que produce la NS con el resto del ordenamiento jurídico-penal, incluye la obligación jurídico-penal de dictar una sentencia justa; de lo que se infiere "lógicamente" la *obligación de no prevaricar*; o la *prohibición de prevaricar*; se obtiene así la existencia de una NP, inferida lógicamente de una NS.

En este punto, *ya podríamos afirmar la existencia de una NP derivada "lógicamente" de una NS*: pero sólo habríamos demostrado la existencia de una única NP en todo el ordenamiento jurídico-penal: "Prohibido prevaricar"; "Obligado no prevaricar", y dirigida únicamente a un subgrupo de ciudadanos, los jueces.

Segunda conclusión: Si *el juez tiene la obligación de dictar una sentencia justa* (NS en conexión con el resto del ordenamiento); la prevaricación sólo es un mandato (NP) relacionado con la cualidad de "justa" o "injusta" de la sentencia.

Tercera parte de la argumentación

Tomemos sólo la primera parte de la frase de la segunda conclusión anterior: *el juez tiene la obligación de dictar una sentencia*.

Primera conclusión: De la conexión inferida lógicamente de la NS con el resto del ordenamiento jurídico-penal, no surge sólo una mono-conexión prescriptiva respecto de la prevaricación (NP), sino que surge una multi-conexión con la totalidad del ordenamiento penal.

Si aceptamos que lógicamente hemos derivado la NP "obligado dictar sentencias *justas*", habrá que aceptar también la existencia de una obligación *tout-court* de dictar sentencias. Ello implica lógicamente que el juez tiene la obligación de no sustraerse al deber de dictar sentencias (NS); *Y no sólo prevaricando el juez incumple con el mandato de la norma secundaria*, también lo hace (desde la conexión múltiple a todo el ordenamiento) si el día en que está señalado el juicio, en vez de dictar sentencia resolviendo el asunto, mata al secretario judicial, o hace saltar por los aires la Audiencia Provincial.

De ello se sigue "lógicamente", que el "ciudadano-juez" tiene "prohibido matar" (NP). De lo contrario habría que concluir que, y por las mismas razones que se aduzcan, tampoco tiene la obligación de no prevaricar.

Por todo lo anterior creo posible la derivación lógica de la existencia de normas primarias ("Prohibido matar") a partir de normas secundarias.

Para finalizar, es evidente que no sólo los "ciudadanos-jueces" tienen la obligación de no matar (NP), sino que esta obligación está dirigida a todos los

ciudadanos de un Estado social y democrático de derecho (artículo 9.1 de la Constitución[251]).

Así, podemos afirmar la existencia en el ámbito del Derecho penal, de *normas primarias derivadas lógicamente de normas secundarias y dirigidas a todos los ciudadanos.*

La norma primaria, o norma de conducta, o norma de determinación o norma deber, también encuentra razones de su existencia en *argumentos de*

[251] Artículo 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". La "sujeción" de los ciudadanos, a una parte del ordenamiento jurídico como es el ordenamiento jurídico-penal, se refiere lógicamente a las normas primarias jurídico-penales ("Prohibido matar", "Prohibido robar"...); de lo contrario, ¿A qué norma iban a sujetarse los ciudadanos si se mantiene que las únicas normas penales son las secundarias? Creo que este artículo es la clave de bóveda desde un punto de vista de derecho positivo constitucional, para afirmar la existencia de normas primarias, normas imperativas de conducta dirigidas a los ciudadanos de un Estado social y democrático de derecho. Esta idea puede ser reforzada, si se pone en relación con un argumento definitivo, también de derecho positivo, aportado por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 28-29, considerando que en el propio Código penal se califica de "infracciones" a los "delitos" y "faltas" (en la rúbrica del Título I del Libro I, y en los preceptos como el artículo 13, 14, 67, 73, 74, 75, 77, etc.), lo cuál supone que la realización de un delito no sólo hace aplicable la norma que señala su castigo, sino que también entraña la infracción de una norma que prohibe la conducta del ciudadano. En efecto: si sólo existiera la "norma secundaria", el delito no sería "infracción" alguna, puesto que aquélla no prohibe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al juez. Estimo que a las acertadas consideraciones de MIR PUIG, puede conectarse un segundo argumento a favor de la inferencia de la existencia de normas primarias desde la interpretación de los enunciados lingüísticos contenidos en el propio Código penal, y sería el siguiente: El propio Código penal reconoce expresamente la existencia de deberes penales, es decir, obligaciones penales, es decir, normas primarias dirigidas a todos los ciudadanos, en la rúbrica del Título IX, "De la omisión del deber de socorro", en la rúbrica del Capítulo II del Título XIX, "...de la omisión del deber de perseguir delitos", y en la rúbrica del Capítulo II del Título XX, "De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución", con ello el Código penal manifiesta expresamente la existencia de obligaciones o deberes jurídico-penales, o normas primarias como "Obligado socorrer/Prohibido no socorrer", "Obligado perseguir delitos/Prohibido no perseguir delitos", "Obligado impedir delitos/Prohibido no impedir delitos", etc.

Si el Código penal contempla de forma expresa, y dirige normas primarias de forma expresa a los ciudadanos, no queda otra alternativa que aceptar su existencia. La evolución del razonamiento es clara, en un Estado social y democrático de derecho, no sólo existe un deber (norma primaria) de socorro, sino también, y de forma evidente el deber de no matar (norma primaria), el de no lesionar etc. Sólo que éstos últimos se contienen en los enunciados legales de forma implícita; y se contienen de forma implícita por su OBVIEDAD. Como acertadamente razona MIR PUIG, Ob. cit., p. 29, la existencia de las "normas primarias" como correlato de las "normas secundarias", en Derecho penal constituye, un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática jurídica, que arranca de la consideración del delito como un hecho antijurídico, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano. En contra HERNÁNDEZ MARÍN, Introducción a la teoría de la norma jurídica, cit., p. 240, estimando que el delito no es un comportamiento antijurídico.

derecho positivo[252]; y también en el concepto mismo de *obligación jurídica*, que junto al concepto de derecho subjetivo son los dos grandes ejes del concepto mismo de Derecho.

EXCURSO 1:

De todo lo expuesto cabe añadir un dato no tratado por la doctrina, y que puede esbozarse afirmando que: De la norma secundaria de cualquier delito, no sólo se desprende un mandato de sanción para los jueces, sino además, y de forma evidente, *surge un mandato de persecución para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado*. Si aceptamos esta conclusión, es decir, la de que el delincuente no sólo debe ser castigado (mandato de sanción expreso de la norma secundaria), sino además, y cronológicamente, con anterioridad, debe ser perseguido, detenido, y puesto a disposición de la autoridad judicial (mandato de persecución, también contenido en la norma secundaria); entonces aparece de nuevo un claro ejemplo de normas primarias deducidas de cualquier norma secundaria, al igual que sucede con el delito de prevaricación para los jueces. De manera clara, de toda norma secundaria, al igual que puede deducirse la norma primaria que prohibe prevaricar a los jueces, pueden deducirse todas las normas primarias previstas en el Capítulo II (artículos 407 a 409) del Título XIX del Código penal, que, por ejemplo, prohiben el abandono de destino con el propósito de no impedir o no perseguir delitos, o establecen el deber de perseguir delitos.

Este razonamiento, de nuevo se debe a la conexión global con el resto del ordenamiento jurídico que se contiene en toda norma secundaria en Derecho penal[253].

[252] He desarrollado esta posibilidad en la nota al pié anterior. Apunta razones de derecho positivo en apoyo de la existencia de normas primarias también SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, cit., p. 315 en nota 26; así como argumentos históricos, funcionales, etc. (p. 315).

EXCURSO 2:

Para finalizar todo este punto, y para contradecir a aquellos que niegan que las leyes prohiban conductas, voy a aportar un dato irrefutable de derecho positivo, y que además se halla contenido en el propio Código penal, que soluciona toda la cuestión de una forma clara; así, el texto del artículo 172 del Código penal dispone lo siguiente:

"El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la *Ley no prohibe*, o le compeliere a efectuar lo que no quiere […]".

Habrá quien todavía niegue que las normas tengan un contenido prescriptivo, y habrá quien niegue que las normas prohiben/mandan conductas, y por tanto habrá quien niegue la existencia normativa de las normas primarias (que son las que - además de fijar expectativas - prohiben o mandan conductas); pero tales posturas deberán mantenerse en contra de lo dispuesto por la propia la Ley[254]. Puesto que, por añadir otro dato de derecho positivo, del tenor literal del artículo 172 del Código penal, se deduce claramente, que "La ley prohibe (conductas)". *El propio Código está reconociendo pues, la existencia de normas primarias, pues es en ellas donde reside el contenido prescriptivo de una ley penal. Queda por tanto fijado, de forma incontrovertida, no ya desde una interpretación, sino de la simple lectura del tenor literal del texto del artículo*

[253] Si a partir de toda norma secundaria jurídico-penal, podemos deducir, por ejemplo, la prohibición de prevaricar para los jueces, y la obligación de perseguir delitos para determinados funcionarios, entonces se podría seguir con el razonamiento. Así, por ejemplo, también podríamos afirmar que los funcionarios obligados a perseguir delitos (por una norma primaria) tienen prohibido torturar (por otra norma primaria, contenida en el artículo 174 del Código penal).

De lo contrario, y para quien niega la existencia de normas primarias y sólo acepta la existencia de las normas secundarias (mandato expreso de sanción), habría que concluir que en un Estado social y democrático de Derecho existen mandatos expresos de sanción, pero al mismo tiempo, los jueces no tienen la obligación de no prevaricar y los policías no tienen la obligación de perseguir delitos ni tienen prohibido torturar.

[254] También, y de manera contundente, puede afirmarse que las normas primarias penales poseen un contenido prescriptivo, directivo de conductas, si se analiza, en tal sentido, lo dispuesto por el legislador penal en el artículo 7 del Código: "A los efectos de determinar la Ley

172 del Código penal, que en el ordenamiento jurídico español, ordenamiento de un Estado social y democrático de derecho, la Ley prohibe conductas.

penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto *ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*."

CAPÍTULO III. LA NORMA PENAL

1. La norma penal como imperativo, como valoración o con un doble contenido

1.1. El planteamiento de la existencia de las normas primarias como una hipótesis de trabajo; una cuestión previa.

1. La mayoría de las leyes penales[255] contenidas en las partes especiales de los códigos penales están redactadas con esta forma (al menos las que específicamente tipifican las conductas delictivas): "El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años". Este es el prototipo de una ley penal o de un enunciado penal prescriptivo. En palabras de MIR PUIG, los textos legales, o enunciados legales constituyen el vehículo de expresión de las normas jurídico-penales[256]. Como pauta general la doctrina penal no sólo interpreta esta ley en su sentido explícito, sino que de ella deriva la existencia de dos normas penales: la primaria[257] y la secundaria[258]. Por

[255] La creación , y la existencia de una ley penal es un hecho, concretamente un hecho social; Como expone MIR PUIG, "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Bellaterra (Barcelona), 1982, p. 20, una norma es un mensaje prescriptivo expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados. Dichos enunciados se establecen (se aprueban) por los legisladores en cuanto medio de comunicación del mensaje prescriptivo que constituye su sentido semántico. La aprobación de un texto legal es un hecho social, pero también es un hecho social el texto legal creado, es decir, *hecho*, por aquella aprobación.

[256] Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Barcelona 1996, pp. 26-27; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 312, en consonancia, manifiesta que los enunciados legales son conjuntos de signos lingüísticos; y que las normas jurídico-penales son, por su parte, el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de tales enunciados legales.

[257] Sobre las normas primarias vid., además, el punto 4 del Cap. II, de la "Primera parte" de este trabajo.

[258] Aunque no todos los autores hablen expresamente de normas primarias y secundarias, basta con que admitan que la ley es un imperativo dirigido al juez y que contiene

ello afirmamos que las normas jurídico-penales se derivan de los enunciados legales, y no constituyen entidades *previas e independientes* del texto de la ley.

La norma primaria[259] sería la norma de conducta, o norma penal dirigida a los ciudadanos para que no realicen las conductas - acciones u omisiones - que

---

además una prohibición que alcanza a todos los ciudadanos, para que puedan integrarse en este grupo. Entre otros muchos vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 311 y ss; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pp. 42-43; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal (Trads.), Madrid, 1997, 7/54, en nota 53 donde asume, lo que afirma es la opinión absolutamente dominante, que las normas del Derecho penal se dirigen a los ciudadanos; GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., 1981 (existe 3ª de 1990), pp. 142-144 y p. 145, en nota 40, cuando afirma que las únicas conductas que racionalmente pueden ser *prohibidas* por el legislador son las dolosas y las imprudentes; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 84-85; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, 18ª ed., Madrid, 1995, p.188; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pp. 16-19. La posición defendida por MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, cit., pp. 27-31, es también reveladora de algo que a menudo sucede en la doctrina cuando se enfrenta a la teoría de las normas en el ámbito penal; el planteamiento de MIR PUIG es el siguiente: Admite la existencia, en todo enunciado legal que castiga un hecho, de una *norma primaria*, y de una *norma secundaria* (p. 28), posteriormente admite que la *norma primaria*, no se deriva del texto legal (que equivale a admitir que no se deriva de la norma secundaria), pero sin embargo, finalmente, admite la existencia de la *norma primaria* (p. 28). ¿Cuáles son los argumentos de MIR PUIG para asumir la existencia de la *norma primaria*? Resumiendo vienen a ser básicamente dos. El primero (p. 28) es: que toda la doctrina admite con razón la existencia de la norma primaria (el argumento pues sería que "la norma primaria existe porque la mayoría de la doctrina penal piensa que existe"; pero no se aporta ninguna razón o demostración de su existencia); el segundo argumento (p. 29) es que sería *absurdo*, o *poco razonable* considerar que el homicidio no está prohibido, y sí lo está por ejemplo (administrativamente, claro) circular por la izquierda (el argumento sería que "la norma primaria existe porque sería absurdo que no existiese"). Me parece que MIR PUIG es consecuente con el actual panorama doctrinal; y que si uno acepta la existencia de la *norma primaria*, no tiene muchas más posibilidades que las de derivarla implícita y lógicamente de la *secundaria*, o bien la de razonar que su no-existencia nos conduciría a un absurdo. De hecho, el argumento de reducción al absurdo, es un argumento de bastante peso - aunque no el único -, y también por ello lo comparto, (admito la existencia de la norma primaria como hipótesis de trabajo). Pero al mismo tiempo, soy consciente de la fragilidad conceptual y argumentativa de razonamientos como estos, porque nos empujan inevitablemente a aceptar como válidos (puesto que los hemos utilizado) razonamientos del siguiente tenor: "la tierra es plana porque la doctrina mayoritaria lo asume, y porque es absurdo que no fuese así"; o "el sol gira alrededor de la tierra porque la mayoría es de esa opinión, y porque lo contrario es absurdo". No maneja los conceptos de norma primaria/norma secundaria OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 168-167, y distingue entre "presupuesto" y "consecuencia jurídica", y enumera a la doctrina española que distingue entre "precepto" y "sanción", denominación que el autor no considera ventajosa.

[259] MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimera (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 79-80, entiende por norma primaria: un mensaje prescriptivo (que puede llamarse imperativo) que procede de un

consisten en el presupuesto de la sanción. La norma secundaria[260] sería la norma penal dirigida a los jueces para que, en el caso en que se cumpla el supuesto de hecho previsto en la ley, apliquen una sanción penal[261]. Es habitual en la doctrina penal derivar "lógicamente"[262], la existencia de la norma primaria de la existencia de la norma secundaria. Siguiendo por ejemplo a ROSS, puede decirse que la doctrina mayoritaria[263] acepta el siguiente razonamiento: la norma jurídica

---

emisor (legislador) y se dirige a determinados destinatarios (ciudadanos) y cuyo contenido consiste en la prohibición o prescripción de una conducta determinada en determinadas circunstancias; Vid. también, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, pp. 42 y ss., en especial, p. 45. Sobre las normas primarias vid., NAWIASKY, *Teoría general el Derecho*, Zafra Valverde (Trad.), Granada, 2002, p. 15 y pp. 166 y ss; BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 230-231.

[260] Se refiere SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pp. 312-313, a las formulaciones de los enunciados de la Parte especial, como normas dirigidas a los jueces en términos hipotéticos; y en pp. 360-362, estima que si las normas primarias son normas de conducta, de comportamiento; las normas secundarias pueden verse como normas de sanción que tienen una evidente esencia imperativa. O dicho de otro modo, que la norma primaria contempla la realidad desde una perspectiva *ex ante*, esto es, previa a la comisión de hechos delictivos, y que la norma secundaria, por su parte, contempla la realidad desde la perspectiva *ex post*, esto es, posterior a la comisión de los hechos delictivos.

[261] Advertir que KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p.77, llama *norma primaria* a la que establece la relación entre el hecho y la sanción, y *norma secundaria* a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción.

[262] No así, por ejemplo MIR PUIG, como acabamos de exponer, ni SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., p. 314. SILVA SÁNCHEZ admite, y observa con agudeza, que mediante el delito de prevaricación judicial se llega a la deducción lógica de la existencia de normas primarias para los jueces; y que esto probaría la necesidad de asentar cualquier concepción global del Derecho penal sobre la existencia de unas normas primarias jurídico-penales. (En relación con el razonamiento de SILVA SÁNCHEZ aquí aportado vid., *Ob. cit*., p. 313). En opinión de SILVA, lo que se da (entre NP y NS) es una *relación de sentido* (p. 314). Por ello acaba utilizando el argumento de la conformidad mayoritaria, "porque la mayoría lo acepta sin más", y afirma la existencia de la norma primaria sobre la base del siguiente razonamiento: porque social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de "el que matare a otro será castigado" se *asocia sin mayores problemas*, la idea de "prohibido matar", de "no mates", esto es el contenido de la norma primaria (p. 314). Deduzco que (si lo he entendido bien) con ello utiliza una referencia global al concepto de "obligación jurídica". La norma primaria (la norma de mandato, la norma de determinación de conductas, la norma de deber) es asumida, no ya por deducción lógica de la norma secundaria, sino por una remisión general al concepto de *obligación jurídica,* de *deber jurídico* mayoritariamente aceptado desde la Teoría general del derecho. Y en esto coincido plenamente con MIR PUIG, y con SILVA SÁNCHEZ. (Ampliamente sobre el concepto de obligación jurídica, y su importancia, vid., el Capítulo II, de la "Primera parte" de este trabajo).

[263] No toda la doctrina penal utiliza un razonamiento lógico y deduce la norma primaria de la secundaria, sino que muchos autores se limitan a admitir la existencia de la norma primaria

secundaria implica lógicamente la norma jurídica primaria correspondiente. Si uno sabe que las leyes prescriben a los tribunales poner en prisión al culpable de homicidio, entonces...uno sabe ya que *está prohibido cometer homicidios*. Esta última norma está ya implicada en la primera, es decir, en la que va dirigida a los tribunales. Lógicamente, por tanto, aquélla no tiene existencia independiente[264]. De aquí se deduce que "está prohibido matar", o que existe la "obligación de no matar". Por lo tanto el Código penal *prohibe matar* (norma primaria), pero no de forma explícita, sino de forma implícita.

2. Llegados a este punto surge otra cuestión; la de si la norma primaria implícita no tendría existencia independiente; o si por el contrario existen dos tipos de normas jurídico-penales independientes. Uno que consista en exigir de los ciudadanos un cierto tipo de conductas (por ejemplo abstenerse de cometer homicidios), y otro que consista en prescribir a los órganos judiciales bajo qué condiciones han de aplicar las sanciones (por ejemplo, cuando se haya cometido un homicidio). En principio, la doctrina penal mayoritaria acepta la existencia de estos dos tipos de normas[265].

Los instrumentos de un sistema jurídico son sus normas de conducta, por lo que el aseguramiento de una norma frente a su eventual infracción sólo puede

---

o norma de conducta "sin más", es decir, como algo obvio, asumido, aceptado desde la Teoría general del Derecho.

[264] Vid., ROSS, *Lógica de normas*, Hierro (Trad.), Granada, 2000, pp. 117-118. Si bien no hay que ignorar que, como ya se ha visto en un apartado anterior, existen voces discrepantes que dudan de la "lógica" de este razonamiento, y que niegan la existencia de las normas primarias, puesto que no podrían derivarse nunca de las secundarias, que son las únicas cuya existencia es explícita e incuestionable, en esta línea vid., HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., pp. 234-238.

[265] Con amplio desarrollo vid. por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* cit., pp. 311 y ss; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 614 y ss., y en pp. 629 y ss., critica el autor, la tesis de COBO/VIVES quienes estiman que se trata de una sola norma, pero Molina Fernández reprocha agudamente a esta visión unitaria de la norma el que no pueda contestar con claridad a las siguientes preguntas: "¿Quién es el destinatario?"; "¿Qué debe realizar?" y "¿En qué situación?" (p. 630).

conseguirse mediante otras normas que impongan, a otros sujetos, la obligación de reaccionar frente al incumplimiento[266]. Pero, tanto la norma primaria como la norma secundaria, son normas de conducta; ésta destinada únicamente a los jueces, aquella dirigida a todos los ciudadanos. Si afirmamos que *ambas son normas de conducta*, deberemos admitir su identidad estructural. Lo que diferencia a ambas normas, son los destinatarios de sus mandatos o prohibiciones[267]. La importancia de la norma primaria se advierte en el examen de la antijuridicidad como contrariedad a la norma de conducta que es presupuesto de aplicación de la norma secundaria[268].

Pero, junto al mandato dirigido a los jueces y el mandato dirigido a los ciudadanos[269], se incorpora la existencia de un tercer elemento contenido en la ley penal que sería: la valoración. Esta (norma de) valoración también estaría deducida de forma implícita[270] del propio texto de la ley, que recordemos sólo

---

[266] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 615.

[267] MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., p. 16 y p. 623, expone que entre las normas primarias y las secundarias no hay *ninguna diferencia estructural*. Se trata de normas directivas de conducta emitidas por el legislador para ciertos destinatarios con un contenido preceptivo.

[268] Lo advierte MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit*, p. 627 al afirmar que resulta inimaginable un sistema normativo que no contenga reglas de conducta para los ciudadanos y sí solo para los jueces.

[269] NAWIASKY, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 15, considera que pueden distinguirse normas primarias y secundarias, materiales y sancionadoras, que van unidas por pares; por ello habla de un *dualismo de las normas jurídicas*; y afirma NAWIASKY, que en primer término están las normas que prescriben a los sujetos jurídicos un comportamiento externo; y que junto a ellas, en segundo lugar, se encuentran las normas que ordenan a determinadas personas que, en caso de que las primeras normas no sean atendidas, [...] retribuyan la conducta antinormativa mediante la imposición de penas.

[270] KAUFMANN *Teoría de las normas*, cit., pp. 348 y ss., se refiere a estas entidades como "juicios de valor", pero afirma que estos juicios de valor existen *al lado* de la norma en el sentido de Binding. Para KAUFMANN, lo importante es saber si estos juicios de valor tienen el mismo carácter jurídico que las normas, es decir, si los juicios de valor, en la medida en que se hallan en conexión estructural con las normas, son también proposiciones jurídicas (p. 349). ¿Cómo obtiene KAUFMANN lo que él denomina juicio de valor? Del único elemento de donde se pueden obtener: de la ley. Pero no lo extrae inmediatamente de la ley penal, sino de la norma que él previamente ya ha extraído o deducido de la ley penal. Expresado de manera sencilla y antes de abordar la explicación que da el propio KAUFMANN: Primero analiza la ley penal, en segundo lugar deduce implícitamente de ella una norma, y en tercer lugar obtiene (de la norma

contiene explícitamente la norma secundaria. Aunque en este punto creo conveniente manifestar un dato que la doctrina no suele considerar, y es que el contenido valorativo, el mismo contenido valorativo que se le supone a la norma primaria está presente en la norma secundaria, por ello también existiría una (norma de) valoración junto a la norma secundaria. La norma secundaria no contiene un mandato de sanción neutro o avalorativo, sino un mandato de sanción regido por una valoración, o mejor dicho, presidido por la desvaloración de la conducta que constituye su propio presupuesto.

Y aquí es, en mi opinión, donde empieza a perfilarse el problema, que será el de conceptuar[271] la norma primaria como norma imperativa, como norma valorativa, o como una combinación de ambas. A continuación trataré de exponer de forma sucinta las distintas posiciones que se han mantenido en la doctrina respecto a la norma penal.

Pero antes creo conveniente recapitular y evidenciar una serie de dudas lógicas que pueden llegar a resultar insalvables, aunque estén comúnmente aceptadas por la doctrina.

Primero, cuando una ley establece que "el que matare a otro será castigado" (norma secundaria explícita), se suele deducir o interpretar que "está prohibido matar"; pues el enunciado legal prescriptivo jurídico-penal penal no

---

que ya ha deducido implícitamente), también de manera mediata o implícita la valoración (del bien jurídico).

La explicación de KAUFMANN, (que con alguna variación es la seguida por la mayoría de la doctrina penal) es la que sigue: (p. 350) "En realidad, obtenemos de la ley no sólo un juicio de valor acerca de un acto cuya realización u omisión está castigada con una pena, sino también el juicio de valor acerca de los acontecimientos que provocan el mismo efecto que esos actos, y finalmente - aunque no en último lugar - un juicio de valor acerca de lo que debe ser asegurado o producido: el "bien jurídico". Esta valoración como bien jurídico, no es extraída en forma inmediata del tipo de la ley penal sino mediatamente, de la norma que se obtiene de la ley penal". Resumiendo: para KAUFMANN (p. 267), y para la doctrina mayoritaria, el juicio de valor está contenido en la norma.

[271] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p 164, afirma con rotundidad que los enunciados dogmáticos, predominantemente valorativos, no son susceptibles de una contrastación empírica: no son pues, verificables. También MIR PUIG, "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", cit., pp.15-16, admite que las proposiciones dogmáticas no son en gran parte controlables, ni lógica ni empíricamente.

contiene una prohibición explícita del homicidio. Con este razonamiento[272] se obtiene una *norma de conducta.*

Segundo, cuando una ley establece que "el que matare a otro será castigado" (norma secundaria explícita), y ya hemos deducido[273] o interpretado que además implícitamente "prohibe matar"; entonces procedemos a una segunda deducción: que matar es malo, y que existe *en* la norma una valoración del bien jurídico llamado "vida". Con ello deducimos la existencia de *una norma de valoración*, la existencia de un bien jurídico. Estaríamos en lo que podría denominarse un segundo nivel de interpretación deductiva o creativa[274].

---

[272] Como advierte VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 339, la ley es el instrumento en el que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, su *fuente*. La ley no es, sin más, la norma, sino que la norma se expresa en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa. Vid. también KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 263, afirmando que *la norma se deduce de la ley penal*.

[273] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 263, observa la importancia de la determinación del alcance de la *norma que se deduce de la ley penal*. (el subrayado es mío).

[274] No quiero decir que el orden cronológico de las deducciones de la existencia de una norma de conducta y de una de valoración deba ser necesariamente este. Aunque creo que no tiene mayor importancia, pues en este caso el orden de los factores no altera el producto. Y el *producto* no es sino un norma jurídico-penal con tres contenidos, uno explícito (Norma secundaria) y (al menos) dos implícitos o deducidos (Norma primaria: norma de conducta y norma de valoración). Lo importante es determinar con exactitud si los dos contenidos implícitos en la norma existen, o si por el contrario, son presunciones dogmáticas destructibles; su "orden de aparición" es para mi secundario, puesto que dependerá tan solo de la voluntad del intérprete. Dicho de otro modo, como la existencia de la prohibición o del bien jurídico contenidos en la norma no tiene carácter ontológico, todo dependerá de qué es lo que un interprete quiera deducir en primer lugar; si quiere deducir en primer lugar la norma de valoración "buscará" en primer lugar la deducción del bien jurídico, y si quiere deducir primero el contenido de la prohibición tratará de "buscar" primero la norma de conducta. Y una vez las haya "encontrado" se limitará a conceder mayor o menor importancia a una o a otra, o incluso a negar la existencia de una o de otra. No obstante, es posible que en la ley penal no se halle (ni tan siquiera en su forma implícita) contenida la existencia de mantener una conducta adecuada a la norma, y puede que tampoco se halle contenido en ella ningún bien jurídico, puede que ambos elementos sean puras creaciones especulativas; si se me permite la expresión, como conejos que un mago saca de una chistera; pero claro, para sacarlos de la chistera, el mago antes los ha introducido en ella. Esto ya no es magia, ni poder sobrenatural, sino sólo un efecto de ilusión. Pues bien, se nos podría acusar a los penalistas de "extraer conceptos de la chistera de la ley penal" que en realidad *no están (no son) contenidos en ella, y que no pueden ser deducidos de forma lógica***.** Y esta sería otra hipótesis de trabajo, que yo, al menos en este estudio, no voy a compartir. MIR PUIG, "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", pp.16-17, (consciente de que ello constituye una objeción a la cientificidad de la Dogmática) admite que la Dogmática desarrolle una función *creativo-normativa*, siquiera sea dentro del marco que permite la letra de la ley, esto es, una función de *creación continuadora* de la ley, que erige al dogmático en auxiliar continuador del legislador. En esta labor creadora la Dogmática jurídico-penal tiene que manejar criterios político-criminales que la delatan como

actividad de configuración social. Vid., también ALCÁCER GUIRAO, "Facticidad y normatividad", en *ADPCP*, vol. LII, 1999, p. 221-222; en parecido sentido se pronunciaba ya MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955, p. 140, al observar que toda interpretación, con arreglo a su propia esencia, es de *naturaleza creadora*. Desde el momento que la formación conceptual de la ciencia del Derecho tiene que orientarse con arreglo a "fines", aparece como formación conceptual que no sólo reconoce (cognitiva), sino que *forma* (emocional), y, por tanto, y de *modo necesario, como formación conceptual creadora.*[...] el interprete crea nuevos valores, que en verdad tienen siempre que ser adecuados a la ley, pero que al mismo tiempo, y con arreglo a su propia esencia, suponen una formación creadora. Sólo puedo coincidir en parte con los citados autores, ya que la labor creadora no está sometida a ningún control científico de validez; sería simplemente un control de *racionalidad* o de *adecuación* creado mediante un consenso intersubjetivo entre el resto de los dogmáticos penalistas. Un ejemplo: tres penalistas dedicados a interpretar una misma figura delictiva son capaces de deducir (interpretar creativamente) tres bienes jurídicos distintos, y todos ellos obtenidos mediante criterios "racionales", (la complejidad de los delitos contra la Fe pública, por ejemplo, ha inspirado las más variadas metáforas: desde la enigmática "esfinge" evocada por Carrara, a la "masa gelatinosa" con la que Von Liszt identificaba la Fe pública, hasta el insidioso "ramo de ortigas" que describía Antolisei). Este ejemplo demuestra la falta de solidez científica de la dogmática creativa en general; y en especial la frágil consistencia del concepto mismo de bien jurídico en un plano estrictamente científico-dogmático. De hecho, las valoraciones están impregnadas de la propia subjetividad del intérprete, del dogmático, y de sus personales opciones políticas y de su propia visión de la sociedad, real o utópica. Todo ello va a condicionar y guiar la interpretación que haga del Derecho penal. No estarán sometidas a un control lógico, sólo buscan una aprobación por parte del resto de la doctrina. Pueden servir de ejemplo las siguientes observaciones de MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 77-78: "Las valoraciones concretas deben inscribirse en un marco general de valores. Es deseable que cada autor explicite cuál es su opción político-jurídica, para que sus opiniones puedan ser también valoradas adecuadamente por sus lectores. [...] Cada jurista ha de orientar consciente y declaradamente su elaboración dogmática en valores y principios que crea capaces de generar consenso. No cabe olvidar que, aunque no lo persiga, no podrá impedir que sus propuestas teóricas (aún las que pretendan presentarse como neutrales) favorezcan determinadas consecuencias político-jurídicas" (p. 78). No puedo, pese a su corrección, coincidir con la visión de MIR PUIG, pues siendo el Derecho penal un instrumento al servicio de la sociedad (en nuestro caso de un Estado social y democrático de derecho), la aspiración de máxima neutralidad de las construcciones teóricas es la preferible desde mi punto de vista. *Entendido el concepto de neutralidad como aquélla construcción que facilite (precisamente por su neutralidad) la máxima correspondencia entre una Sociedad y su Derecho penal, entre las demandas de una sociedad democrática y su traslado al Derecho penal vigente*. El peligro, contrariamente a lo que propone MIR PUIG, no reside en que determinadas propuestas neutrales favorezcan determinadas consecuencias jurídico-políticas; el único peligro reside *en la consecuencia* político-jurídica misma, y ésta no depende de la construcción teórica neutra, sino de las personas que la sustenten. Explicado con un ejemplo: Como el Derecho penal y la pena son instrumentos en cierta medida lesivos y traumáticos en sus consecuencias, tomaré el ejemplo de un arma (instrumento neutro, respecto de su función que consiste simplemente en disparar proyectiles). En una sociedad en la que fuese necesaria la existencia de un arma (al igual que en nuestra sociedad se afirma que es necesaria la existencia del Derecho penal, como una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, *Algemeiner Teil*, 2ª ed., Tübingen, 1969, p. 29), y admitiendo que la pregunta no consiste por tanto en si ¿Debe o no existir un arma; o si debe o no existir el Derecho penal? El peligro no residirá en su neutralidad, sino en el uso que las personas le den. El peligro está en el sujeto, no en el instrumento (pues si aceptamos que tanto un arma como el Derecho penal son instrumentos peligrosos, esa es ya una premisa de la que partimos, repetirla sería una tautología). Una misma arma (neutra) podrá ser utilizada por

Dicho de una manera cruda, puede que nada de esto se halle contenido en la ley penal; y que puestos a deducir, pudieran deducirse otras muchas entidades pertenecientes de forma implícita a la norma penal. Puede que la norma jurídico-penal sólo sea un mandato dirigido a los jueces y nada más. Que no se halle contenido en ella *imperativo* alguno (salvo el destinado a los jueces), ni *valoración* alguna pues el bien jurídico y su protección serían el fin de la ley penal, el objeto de la ley penal, la función de la ley penal, pero de ninguna manera estarían contenidos en ella. Por lo tanto la discusión sobre si la norma penal es valorativa o imperativa carecería de interés (desde un punto de vista de teoría de las normas) puesto que se estaría discutiendo sobre algo que no existe contenido en la norma.

Sin embargo, y como hipótesis de trabajo, parto de la existencia de la norma primaria[275] y de un contenido valorativo, ambos eso sí, sólo *implícitos* en la ley penal. Asumo, como hipótesis de trabajo, la existencia de obligaciones o deberes jurídicos, y también asumo la existencia de bienes jurídicos. Pero intuyo ya, la fragilidad de unos conceptos dogmáticos que podrían ser calificados de pura creación especulativo-normativa, o de mágicas y misteriosas cuasi-entidades. Y no es de extrañar la crisis en la que se haya inmerso actualmente el concepto de bien jurídico, o al menos la relevancia de su función estrictamente dogmática o técnico jurídica[276]. No así su función político criminal que no ha

---

un verdugo para ejecutar a un condenado a muerte, por un delincuente para asesinar a su víctima, por un cazador para matar patos, o por un ciudadano para defenderse de una agresión ilegítima en legítima defensa. El peligro reside en las personas y en las finalidades con que se utilice el arma. Dicho de otro modo, si se da un golpe de Estado en España y un dictador ocupa el poder y usa un Derecho penal neutro, el problema no reside en la neutralidad del Derecho penal, sino en el dictador y en la dictadura. Lo contrario sería confundir dos planos teóricos distintos, o atribuir a determinados instrumentos, funciones que por su propia naturaleza no pueden desarrollar.

[275] Al respecto, puede traerse a esta sede la siguiente observación de NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Mexico D.F., 1974, pp. 18-19: "Uno de los problemas fundamentales de la teoría general del Derecho consiste en establecer criterios para acotar el objeto de la ciencia del derecho. Aquí supondremos que el mismo está constituido por normas (*malgré*, los ególogos y ciertos realistas), o sea por el contenido de ciertas expresiones lingüísticas con las que se intenta dirigir, justificar, etc. la conducta de los individuos".

[276] No es extraño que MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 3ª. ed, Milano, 2001, pp. 559 a 617, dediquen todo un capítulo de su manual a un apartado que gráficamente

sido puesta en duda; pero no ha sido puesta en duda precisamente porque su existencia es *previa* a la norma penal, en definitiva, porque su función es política.

Finalmente, para entender un concepto de norma primaria como un elemento teórico, resulta fundamental la brillante formulación de NINO:

> Una norma jurídica no es una cosa o un hecho que sea observable en principio. No es que todavía no se la haya podido observar, como a ciertas estrellas, sino que es lógicamente imposible observarla. […] El que las normas jurídicas sean inobservables ha llevado a muchos filósofos y juristas a situarlas como objetos pertenecientes a presuntos reinos ontológicos que están más allá de la experiencia de los sentidos (por ejemplo en la de los "ideales"). […] En las ciencias hay muchas palabras que hacen referencia a *inobservables* en principio, como "electrón", "campo magnético", "inconsciente", etc. Ante los enunciados en que aparecen estas palabras es igualmente errada la actitud de considerarlos metafísicos o la de pensar que tales términos denotan entidades de algún tipo. Esos términos son llamados "teóricos", porque si bien no hacen referencia a datos observables, se usan, de acuerdo con determinadas reglas de correspondencia, cuando aparecen ciertos datos empíricos (por ejemplo la palabra "electrón" se usa cuando aparece cierta línea en el espectro, aún cuando el término no hace referencia a ella).[277]

Pues bien, aquí utilizaré ese *elemento teórico llamado norma*, y se tendrá por una norma reguladora de conductas (independientemente de que logre la regulación pretendida), y con un contenido obligatorio, como portadora de deberes jurídicos. *Y entiendo por deber jurídico-penal: simplemente la necesidad del sistema social de un comportamiento adecuado a la norma penal*. A ello añadiremos, de forma no contradictoria, un concepto de norma primaria como expectativa jurídica, como, fuente de orientación, susceptible de ser estabilizada contrafácticamente en caso de defraudación.

1.2. Concepción imperativa de la norma

---

denominan *"Los así llamados delitos sin ofensa (o lesión) a bienes jurídicos",* y que entre ellos coloquen los delitos de peligro abstracto o los delitos de omisión propia.

[277] Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1987, p. 93.

1. Antes de exponer lo que a grandes rasgos sería una concepción imperativa de la norma[278], creo conveniente advertir que resulta francamente difícil encontrar autores que defiendan una teoría "puramente imperativa" al estilo de AUSTIN, entendiendo el Derecho como un puro mandato de la autoridad soberana[279]. Para AUSTIN el mandato crea un deber, y la persona a la que se dirige el mandato, a la que se impone un deber, queda vinculada u obligada, es decir, sometida al mandato de la autoridad. Mandato, sanción y deber son términos inseparablemente unidos. El derecho es según esta teoría un mero imperativo surgido de la voluntad soberana.

2. Para obtener una visión resumida[280] podemos tomar a ENGISCH como un supuesto representante de la teoría imperativista, aunque, como veremos, con matices. La concepción imperativa de la norma parte de una premisa según la cual las proposiciones jurídicas son *imperativos*. Imperativos que sólo expresan la voluntad de la comunidad jurídica, es decir, del Estado o del legislador. Según

[278] Pueden considerarse como fundadores de la teoría de los imperativos a BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg/Leipzig, Tomo I, 1894; y a THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Aallen, 1878; para un interesante análisis de la aportación de THON a la teoría del injusto, tratando de conciliar la tensión entre una visión imperativa de la norma y la lesividad social del hecho, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 265-271, al respecto, y desde el punto de vista de la finalidad de la norma, el imperativo no pretende probar la obediencia del destinatario, sino evitar las consecuencias de su acto. En este sentido la norma es un medio para dicho fin. Por ello MOLINA FERNÁNDEZ observa que en THON la opción por una teoría imperativa es consecuencia de un enfoque instrumental de la norma como medio de protección de bienes e intereses, algo que es una constante a lo largo de la historia en quienes defienden esta teoría. Por su parte MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955, p. 344, en nota 10, señala que THON y BIERLING no han deducido las consecuencias de la teoría de los imperativos en lo que respecta a la teoría de la antijuridicidad subjetiva; de hecho, para MEZGER, el más consecuente defensor de la teoría subjetiva del injusto - construyendo su argumento en la teoría de los imperativos - fue VON FERNECK, quien llegó a la *completa equiparación de culpabilidad e injusto*. Sobre la teoría imperativa vid. también COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 270-272; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., pp. 72 y ss; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 32 y ss.

[279] Vid. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 89 y ss.

[280] Una exposición y crítica a la teoría de los imperativos puede verse en , BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en *Estudios Penales* I, Santiago de Compostela, 1977, pp. 15 y ss.

afirma ENGISCH[281], esta voluntad está dirigida a una determinada conducta de los sometidos al derecho; y exige esta conducta para lograr su realización. En la medida en que los imperativos jurídicos están vigentes tienen fuerza obligatoria; de esta manera las obligaciones aparecen como el correlato de los imperativos. De aquí se ha deducido una "teoría", la llamada teoría imperativista, cuya tesis afirma que el derecho consiste sustancialmente en imperativos. En opinión de ENGISCH, esta teoría es correcta cuando no se la exagera y cuando se la entiende adecuadamente[282]. Para él, los verdaderos portadores del sentido del orden jurídico son las prohibiciones y los mandatos dirigidos a los sometidos al derecho, formulados y elaborados en las proposiciones gramaticales del Código[283]. ENGISCH, pone en relación la teoría imperativista con el pesimismo iusfilosófico de SCHOPENHAUER para intentar "caricaturizarla", y observa que según esta visión parece que todo lo positivo que el derecho otorga consiste en un no estar obligado por imperativos, en un estar libre de "pesadas exigencias y de un estricto deber ser"[284]. ENGISCH expone que la forma correcta de asumir la teoría de los imperativos sería entender que dicha teoría no niega que el derecho conceda algo, que proporcione realizaciones positivas y fundamente notorios beneficios; y para ello señala la existencia de los derechos subjetivos que son un *positivum*. No obstante, - y aquí reside el verdadero talante "imperativista" - el derecho solo alcanza este efecto positivo mediante imperativos plenos de sentido.

A pesar de lo que pueda apreciarse de forma superficial, ENGISCH matiza su posición (por ello estimo que no es un imperativista "puro") cuando recuerda que la voluntad imperativa del legislador no es una voluntad ilimitada, ni arbitraria; y que los mandatos y prohibiciones del derecho están enraizados en la llamadas normas de valoración, y que se fundamentan sobre valoraciones,

[281] Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 35.

[282] Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico.*, cit., p. 35.

[283] Cfr. ENGISCH, *Ob. cit*., p. 36.

[284] Cfr. ENGISCH, *Ob. cit*, p. 38.

sobre aprobaciones o desaprobaciones[285]. Para dar este "giro valorativo", ENGISCH se apoya en las tesis de MEZGER quien estima que el derecho, como norma valorativa es la presunción lógica y necesaria del derecho como norma determinante..., pues quien quiera "determinar" a alguien, debe saber previamente a qué quiere determinarlo; tiene que valorar ese algo en un cierto sentido positivo. El *prius* lógico del derecho en tanto norma determinante , es siempre el derecho en tanto norma valorativa[286]. El lector habrá observado que esta postura tiene ya poco de "imperativista pura", y que se asemeja bastante a la actual postura mantenida por la doctrina penal mayoritaria; por ello ENGISCH le vuelve a dar un matiz imperativo cuando afirma que una reflexión como la que acabamos de exponer no le impide considerar a la sustancia de las proposiciones jurídicas como imperativos[287], pues en la auténtica proposición jurídica, la valoración se logra únicamente por intermedio del imperativo. Con simples normas valorativas, dice ENGISCH[288], el derecho no podría ejercer el dominio que le corresponde sobre la vida del hombre en comunidad. Sería puramente "platónico"; sólo cuando las normas valorativas se transforman en exteriorizaciones de la voluntad, es decir, en mandatos, se convierten en normas jurídicas. Claro que para el autor, las proposiciones jurídicas no sólo son imperativos, sino "imperativos categóricos"[289].

Finalmente ENGISCH[290] "funcionaliza" y "teleologiza" su concepto del derecho, cuando afirma que el derecho establece los fines y exige su realización

---

[285] Cfr. ENGISCH, *Ob. cit*., p. 41.

[286] Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 41, y asumiendo en p. 42 que la remisión a estas valoraciones, que están en la base de las proposiciones jurídicas, tiene gran importancia para la comprensión jurídica y la determinación del contenido de las mismas.

[287] Cfr. ENGISCH, *Ob. cit*, p. 42.

[288] Cfr. ENGISCH, *Ob. cit*., *loc. cit*.

[289] Expresamente afirma que la frase "tú no debes matar" es un imperativo categórico; y que la ley penal es un imperativo categórico al estilo kantiano, *Ob. cit*., p. 43.

[290] ENGISCH, *Ob. cit*, p. 44.

de una manera exactamente tan absoluta, tan categórica[291] como la moral; y que por tanto, debemos "comprender" la interpretación y manejo de los imperativos jurídicos como medios para los fines que el derecho ha encontrado buenos. Y añade que estos mismos fines deben servir como directivas.

3. Tradicionalmente[292] se incluye a BINDING entre aquellos representantes de la teoría imperativa, y por ello se expondrán aquí unas breves referencias, pero de nuevo quiero precisar que, al igual que se señaló a propósito de ENGISCH, tampoco puede considerarse a BINDING[293], al menos desde mi punto de vista, como un imperativista "puro", puesto que también concede relevancia al elemento valorativo[294]. BACIGALUPO[295] asevera que según la

[291] Son reveladoras las palabras de ENGISCH, *Ob. cit*., p. 45: afirmando que sería desde luego una incalificable confusión afirmar que el sentido de la proposición jurídica es que se puede elegir entre matar y no matar, entre cárcel y libertad, y que, por tanto, se puede cometer tranquilamente un asesinato siempre que se esté dispuesto a pasar el resto de sus días dentro de los muros de la cárcel. El derecho moderno prohibe el asesinato de una manera tan inflexible como la ley mosaica. Igualmente es un imperativo categórico el que impone fatalmente la pena a quien viola la prohibición.

[292] Vid. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 11, 1986, pp. 62-63; o con matices ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, pp. 31 y ss.; y 51 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte General*, Morales Prats/Prats Canut (Colabs.), 2ª ed., Elcano, 2000, p. 51; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., pp. 74 y ss.

[293] Críticamente, y de modo expreso, BINDING, *Die Normen* I, cit., pp. 54-55, concibe la teoría de los imperativos como un acto de violencia frente al derecho positivo, objetando teoréticamente la monotonía y la parcialidad de tal teoría. Vid. sin embargo las críticas al positivismo de BINDING, que le dirige ROXIN, *Teoría del tipo penal*, cit., pp. 184-185.

[294] En este sentido VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1996, p. 388, considera que Binding en última instancia no es imperativista, pero que debido al papel que la idea de mandato ocupa en su teoría de la norma, esto le obliga a extraer consecuencias, a la hora de la configuración del ilícito, que si no son idénticas, sí son semejantes o paralelas a las que derivan de un imperativismo moderado; y que ello justifica, o al menos excusa, el etiquetamiento tradicional de Binding como imperativista. ¿Qué se deduce de las afirmaciones de VIVES ANTÓN? Pues algo bastante revelador, y que, tomando sus palabras sobre Binding y extrapolándolas a la doctrina en general, podrían ser las siguientes: Binding, al igual que la gran mayoría doctrinal actual es imperativista moderado "con matices valorativos"; o bien, Binding, al igual que la gran mayoría doctrinal actual no es imperativista, pero "con matices imperativos moderados". ¿Y qué se deduce de estas nuevas afirmaciones?, lo que salta a la vista, que no hay posiciones puras, y que una misma posición puede ser considerada como "no imperativa", y/pero al mismo tiempo denominada "imperativa". La complicación conceptual y nominalista

teoría de los imperativos la norma tiene la forma de una orden a la que se debe obediencia, sin tomar en consideración para nada la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del deber de obediencia surgido de esa norma, y que BINDING puede ser considerado imperativista al afirmar que la pauta de la acción obligatoria infringida por el delincuente, es la prohibición o el mandato de acción como tal...Este mandato lo encontramos en lo esencial, mediante la transformación de la primera parte de una proposición penal del Derecho penal en una orden: no obrar como en ella se expresa o bien obrar como allí se lo exige. *A esta orden legal yo la designo como norma*[296]. La incongruencia lógica más grave, y que hace de esta teoría que sea realmente autoritaria, es que para BINDING, la norma *precede* conceptualmente a la ley penal, pues ésta amenaza la infracción de la norma con una pena. ¿Dónde se halla la incongruencia lógica? En anteponer conceptual/y cronológicamente la norma a la ley, y además colocarla "al lado" de la ley penal. Si no deriva la norma penal de una ley penal, del propio texto penal vigente, la pregunta sería: ¿Y de dónde deduce BINDING la norma penal (previa a la ley penal)? De la voluntad del legislador o del Estado. Consecuencia de esta visión es la eliminación de fronteras entre ilícito y culpabilidad, entre juicio de antijuridicidad y juicio de culpabilidad, pues la idea de ilicitud se va a caracterizar por la oposición de la voluntad (individual) del autor y la voluntad (general) del legislador o del Estado[297].

4. Acertadamente ha criticado KAUFMANN a los partidarios de la teoría de los imperativos, por considerarlos adversarios de la "norma de valoración". Su crítica, de pura lógica conceptual, consiste en objetarles que el imperativo sólo

---

está servida; y ello desde luego no redunda en una mejor comprensión de los problemas normativos.

[295] Cfr., BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 62.

[296] Vid., BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 63, obviamente citando a BINDING.

[297] Vid., el desarrollo que efectúa BACIGALUPO, *Ob. cit*., en pp. 63 y 64 de las consecuencias de esta teoría de las normas para el sistema de la teoría del delito.

puede ser pensado si antes se ha pensado un correspondiente juicio de valor[298]; o expresado en otros términos, que toda expresión de un imperativo tiene que ser referida a un motivo (previo) y que éste se presenta siempre como la correspondiente valoración. KAUFMANN, y aunque parezca sorprendente - para algunos - apoyándose en BINDING, aparece según entiendo, como un firme defensor del doble contenido de la norma[299]; así, en el análisis retrospectivo de los resultados de su investigación, declara de forma tajante que *en toda norma hay un juicio de valor*; *en tal sentido puede decirse que las normas tienen una función valoradora, pues ellas declaran (BINDING*[300]*) una valoración.*

1.3. Concepción valorativa de la norma (y concepción que mantiene una doble naturaleza de la norma, colocando la norma de valoración en la antijuridicidad, y la de determinación o conducta en la culpabilidad)

1. El mayor defensor, de la concepción valorativa de la norma fue VON LISZT, que centró la teoría del delito en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El Derecho penal es básicamente protección de intereses. Y no es de

---

[298] Cfr., KAUFMANN *Teoría de las normas*, cit., p. 113. No hay que olvidar que KAUFMANN fue un ferviente crítico de la teoría de los imperativos, y que ha sido de los pocos penalistas, que desde posturas de teoría de las normas ha hecho un esfuerzo serio para rebatir las posiciones imperativas. Con este objetivo trató de demostrar que los juicios de valor, que las normas de valoración, son proposiciones jurídicas por las mismas razones y en la misma medida en que lo son las normas; si esto es cierto, se habría demostrado para KAUFMANN que las normas (imperativos) no son las únicas proposiciones jurídicas, y con ello habría refutado la teoría de los imperativos. Esto puede seguirse en pp. 351 y 352. Pero KAUFMANN es bastante prudente respecto a sus logros que sólo considera dogmáticos, pero no sistemáticos (p.352).

[299] Otra cosa será cómo va a utilizar ese contenido valorativo y ese contenido imperativo, cómo dispondrá la importancia y la relevancia en los distintos momentos de la teoría del delito, de la norma de valoración y de la norma de conducta o imperativa.

[300] Citado expresamente por KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 375. Añade el autor, que el juicio de valor y el objeto de la norma son *idénticos.* Vid., también en cuanto al contenido valorativo de la norma en BINDING, las apreciaciones de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 251-258, y en especial sobre la "declaración de inadmisibilidad del hecho" de Binding, y la "desvaloración" de Mezger, pp. 254-255.

extrañar que cuando VON LISZT analiza la norma penal, lo haga en un epígrafe que lleva por título: "bien jurídico y norma"[301]. Sólo en este epígrafe habla de la norma, y es significativo que, más que de la norma, en realidad analice casi exclusivamente el concepto de bien jurídico. Esto ya es un criterio revelador de la actitud de VON LISZT frente a las normas. Un brevísimo estudio nos permite extraer la posición mantenida por el autor. En primer lugar, bienes jurídicos son los intereses protegidos por el derecho. Y bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El ordenamiento jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico[302]. VON LISZT utiliza su concepto de bien jurídico para transformarlo en vector de su concepción de la norma; pero, y esto no debe olvidarse, también acepta la existencia normas de conducta (que recordemos no son sino imperativos del estilo "Prohibido matar" u "Obligado socorrer"), así como la existencia de obligaciones en el ámbito del derecho. Todos estos datos ponen de nuevo sobre la mesa, aquello que todavía hoy no está resuelto de forma unánime y que simplificando, podría resumirse en los términos siguientes: existen deberes/obligaciones en el derecho y por tanto en el Derecho penal; las normas penales contienen mandatos y prohibiciones es decir normas de conducta; y por último las normas penales contienen un elemento de valoración. Pienso que desde VON LISZT y su enemigo dogmático BINDING, hasta la actualidad prácticamente nadie ha negado la existencia o la relevancia de estos tres elementos claves en toda construcción normativa-penal. Las discusiones dogmáticas, técnicas, jurídicas y filosóficas girarán sobre la importancia que se conceda o deniegue a cada uno de estos tres conceptos, y sobre el papel que se les atribuya en la antijuridicidad, en la culpabilidad, o simplemente en la teoría del delito.

[301] Vid. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Jiménez de Asúa (Trad.), Quintiliano Saldaña (Adics.), Tomo II, 3ª ed., Madrid 1930, pp. 5 y ss; el nombre exacto del epígrafe I está en el Indice del libro.

[302] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, cit., p. 6.

2.Volvamos a VON LISZT, quien como se ha expuesto maneja también estos tres elementos y por tanto no puede ser tratado de puro "valorativista", como tampoco BINDING podía ser tratado de puro "imperativista". Ha resaltado BACIGALUPO[303], que en la visión del Derecho penal de VON LISZT, la norma no puede tener la forma de una orden. Carece de importancia el aspecto imperativo de las normas penales; lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. Desde estas premisas, la norma no puede sino identificarse con un *juicio de valor*. Y de aquí se desprende ya una importante consecuencia para la antijuridicidad si se considera la norma como *norma de valoración*. Para VON LISZT la antijuridicidad contiene un juicio de *disvalor* sobre el hecho, y la culpabilidad un juicio de disvalor sobre el autor[304]. Esto debe ser matizado, ya que el ilustre autor no ignora las normas de conducta cuando afirma que el ordenamiento jurídico *delimita las esferas de acción* de cada uno; *determina hasta dónde puede obrar* libremente la voluntad[305]. Más adelante asume la existencia de obligaciones penales y la capacidad directiva o prohibitiva de las normas; así se deduce cuando señala que el ordenamiento jurídico eleva las relaciones de la vida a relaciones jurídicas, y hace de la situación de la vida una situación de derecho *refiriendo los derechos y deberes* a supuestos determinados[306]. Para finalmente, y bajo mi punto de vista, aceptar de manera indubitada la existencia de normas de conducta (imperativos funcionalizados podríamos decir) con la afirmación rotunda que sigue: "*las normas de orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada acción bajo*

[303] Cfr. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., pp. 65-66.

[304] Vid. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., pp. 65-66, citando a VON LISZT. Antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exterioriza una personalidad antisocial.

[305] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, cit., p. 7.

[306] VON LISZT, *Ob. cit., loc., cit.*

supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos"[307]. Si tomamos esta aseveración de forma aislada, no difiere básicamente en nada (salvo por la palabra *presentan*) de la posición defendida actualmente por la doctrina mayoritaria que asume claramente una orientación imperativa de la norma. De hecho, el propio VON LISZT incurre en una contradicción irresoluble cuando primero afirma que *las normas mandan o prohiben*, para acto seguido decir que *presentan* una acción. Las normas penales o prohiben y mandan acciones[308]; o no prohiben nada y no mandan nada; Pero no se puede afirmar como parece hacer VON LISZT, que prohiben pero no prohiben (presentan), o que mandan pero no mandan (presentan). No se puede afirmar que una norma es prohibitiva o directiva, y acto seguido vaciar a la norma de ese contenido imperativo, y una vez vaciada conceptualmente de todo imperativo, a partir de ahí construir una teoría; puesto que ya en uno de los pilares fundamentales se plantea una grave aporía. Ello es debido a un defecto de lógica, en tanto que por el principio de contradicción, dos enunciados contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Por consiguiente la norma no puede prohibir, y no-prohibir.

VON LISZT, finalmente afirma que la protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la *protección por las normas*. "Bien jurídico" y "Norma" son dos conceptos fundamentales del Derecho[309]. Y

[307] VON LISZT, *Ob. cit., loc., cit.*

[308] Las normas no pueden, por imposibilidad lógica, prohibir resultados, sino tan solo *acciones humanas*; Las normas no pueden prohibir que se produzcan muertes u homicidios, sino tan solo que las personas realicen acciones, o lleven a cabo conductas homicidas.

[309] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, cit., p. 7, y con ello advierte algo que parece obvio: que su punto de vista respecto de la teoría general del Derecho, es el mismo que el de Binding (expresamente en pp. 7-8, en nota 2). Claro que, inmediatamente pasa a criticar a Binding, diciendo que en seguida sus caminos se separan. Acusa a Binding de haber hecho, de forma parcial y arbitraria, del concepto de norma, el eje de todo el sistema jurídico-penal, sin prestar ninguna atención al bien jurídico. En opinión de VON LISZT, el defecto capital de la teoría de las normas de BINDING está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto queda relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada, p. 8. Una visión panorámica de las discrepancias científicas entre BINIDING y VON LISZT, puede verse en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 51-53 y pp. 383-384, estimando que no es nada nuevo afirmar que en la moderna historia del Derecho penal coexisten dos tradiciones contrapuestas en torno a la naturaleza del concepto de antijuridicidad, cuyos respectivos puntos de partida cabría situar en

por ello define el delito, de nuevo mediante el recurso a los conceptos directivos o imperativos de "mandato o "prohibición" del siguiente modo: *el delito es un acto contrario al derecho, es decir, un acto que contraviniendo formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico*[310].

3. Pese a la brillantez y clarividencia de VON LISZT, su punto de vista sólo se impuso en parte. Y fue absorbido por las teorías que algunos autores califican como de la "unión"[311], de la "doble naturaleza de la norma"[312], o "concepción valorativa de la norma"[313]. Como bien indica BACIGALUPO[314], estas teorías exigían un concepto de norma que permitiera mantener el concepto clásico de culpabilidad. El derecho penal requería una norma que contemplara la actitud de rebeldía del autor con respecto al orden jurídico. En otras palabras: se requería una *norma de determinación* o de *motivación* (la que actualmente tiende

---

VON LISZT y BINDING. Para la primera de estas tradiciones, el factor constitutivo de la antijuridicidad es, básicamente el daño. [...] El producto de tal punto de vista es un concepto objetivo-material de la antijuridicidad centrado en el resultado como lesión de un bien jurídico ("antijuridicidad material"). Para BINDING el factor esencial en la antijuridicidad lo constituye la infracción del deber que emana del imperativo, el núcleo del hecho antijurídico se manifiesta en la conducta, que es la que infringe el deber-imperativo, y no en el resultado (pp. 387-384); vid. también MIR PUIG, "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", p. 10, planteando que: BINDING puede ser considerado como el primer gran representante del Positivismo jurídico normativista, que se caracterizó por la pretensión de construir una Ciencia del Derecho positivo específicamente normativa y libre de influencias iusnaturalistas y sociológicas. VON LISZT también representó el Positivismo jurídico y sentó las bases de la actual Dogmática del Derecho penal positivo, pero, como es sabido, se opuso al método normativista de BINDING reclamando la toma en consideración de los datos naturalísticos y sociológicos en la elaboración de los conceptos jurídicos.

[310] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, cit., p. 262.

[311] Cfr. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 66.

[312] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., pp. 271 y ss y p. 560; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, p. 272.

[313] Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 17-18.

[314] Cfr. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 66.

a denominarse norma de conducta). La labor dogmática emprendida por esta doctrina fue la de tratar de conciliar las posturas imperativas con las valorativas, e intentar colocar en el plano de la teoría del delito una norma de valoración y otra de conducta (o imperativa, o de determinación, o de motivación). En principio, entendieron que existe *una sola norma*, pero, y aquí reside el núcleo de la teoría, *con un doble contenido*. La norma tendría pues un doble contenido, por un lado un contenido valorativo: *norma de valoración* o *norma objetiva de valoración*, de la que se deduciría un contenido imperativo, una *norma subjetiva de determinación*[315]. MEZGER, máximo exponente de esta elaboración dogmática, consecuentemente propone una concepción puramente objetiva de la antijuridicidad. La naturaleza esencial de la antijuridicidad sería objetiva. MEZGER estima que una acción es antijurídica cuando *contradice las normas objetivas del Derecho*[316]. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida, y el injusto, consiguientemente, como la lesión de dicho ordenamiento. La determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que lo contradice tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello *aparecen como normas objetivas de valoración*, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho[317]. Si las normas jurídico-penales (el Derecho) se presentan, como especula MEZGER, como *normas objetivas de valoración*, ello obliga a sostener una concepción de la antijuridicidad como contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una *lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración*[318]. Con esto abandonamos el plano de la antijuridicidad puramente objetiva, y pasamos a la

---

[315] Vid. Ampliamente, MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955, pp. 339 y ss., en especial, p. 340 y p. 343; y MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1935, pp. 18-20.

[316] Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, cit., p. 339.

[317] Cfr. MEZGER, *Ob. cit.*, p. 340.

[318] Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, cit., p. 341, y en nota 3 el propio MEZGER, reconoce que, si bien esa concepción de las normas (del Derecho lo llama él) y de la antijuridicidad fue mayoritaria y prácticamente unánime, esa tendencia se invierte a partir de 1901.

culpabilidad, plano en el que esta teoría coloca la norma de conducta (que recordemos, pues no debe ignorarse, no deja de ser la misma norma imperativa que manejan los denominados "imperativistas", o la que en la actualidad suele denominarse "norma primaria"). MEZGER describe claramente su teoría al exponer que *de las normas objetivas de valoración se deducen las normas subjetivas de determinación que se dirigen al concreto súbdito del Derecho*[319]. Y ya se intuye que la lesión de esta norma de determinación va a ser considerada, no en la determinación del injusto, sino en la culpabilidad. Con esto aparece la esencia de la concepción misma de toda la teoría del delito, que se deriva de la propia concepción de las normas que MEZGER defiende. Para éste, el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se "dirige a todos"[320] y la norma de deber como norma de determinación que se dirige sólo al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal[321].

Esta nueva concepción de la norma con un doble contenido, o de la "norma de dos momentos", como la denomina BACIGALUPO[322], vino a desplazar delante del imperativo, un juicio de valor que permitiera afirmar que el resultado de la voluntad tiene carácter socialmente dañoso, con lo que se crea una categoría de ilícito independiente de la culpabilidad.

Esta concepción de la doble naturaleza de la norma tuvo una rápida difusión ya que venía a dar cobertura normativa aparentemente satisfactoria al

---

[319] MEZGER, *Ob. cit*, p 343, y MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 19-20, manifestando que la norma de deber no es una norma independiente, al lado de la norma de Derecho, sino una norma de determinación que se dirige imperativamente al individuo, derivada de la norma de valoración (norma de derecho).

[320] Esta norma valorativa carece de destinatario. Enuncia un genérico e impersonal "debe ser" un concreto estado de cosas, y no un específico "tú debes" propio del imperativo. En profundidad sobre la norma sin destinatario, vid. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., pp. 272 y 553 y ss.

[321] MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, cit., p. 343.

[322] Cfr. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 67.

concepto de injusto objetivo, que en general se consideraba materialmente bien fundado[323]. Puede observarse que esta forma de pensar se extendió porque ofrecía una visión aparentemente muy razonable de la norma con un contenido valorativo previo, que permitía posteriormente al legislador prohibir u obligar la conducta que lesionaría o pondría en peligro el objeto de esa valoración. El problema dogmático reside en la utilización que de esa norma se hizo en la teoría del delito, y en la afirmación de la existencia de una única norma (norma de valoración) pero con un doble contenido. Puesto que, y como ya he reiterado alguna vez en este trabajo, también los imperativistas aceptaban un contenido valorativo de la norma.

La posición mantenida por MEZGER cuenta todavía con seguidores en nuestra doctrina, así, por ejemplo: COBO/VIVES[324], CARBONELL MATEU[325], RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ[326], y RODRÍGUEZ MOURULLO[327], aunque no deja de ser una postura minoritaria.

4. Dependiendo de la concepción de la norma que se mantenga[328], ello va a tener importantes derivaciones en el plano de la antijuridicidad. Las consecuencias son distintas según se sostenga un concepto de norma valorativa o

---

[323] Vid., MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 272.

[324] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 276, optan por una sistemática objetiva, en la que a la antijuridicidad corresponde el plano del desvalor (del objeto de la tutela), y a la culpabilidad el aspecto imperativo o motivacional de las normas.

[325] Cfr. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 47 y ss; CARBONELL MATEU, "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos", en *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de Derecho judicial*, Boix Reig (Dir.), Madrid, 1994, pp. 13-14.

[326] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, cit., p. 108, y pp. 404-408.

[327] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Madrid, 1977, pp. 76-78.

[328] Vid., por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 4ª Ed. Barcelona, 1996, pp. 36 y ss.

norma de valoración, o bien se mantenga un concepto de norma imperativa, norma de determinación o *norma de conducta*. O mejor dicho, según la importancia que se conceda a ambas. Para situarnos brevemente, sigo con el estudio de la doctrina que mantiene que existe una sola norma - predominantemente valorativa - pero a su vez subdividida en norma objetiva de valoración y norma de conducta (norma subjetiva de determinación); frente a las tesis que mantienen la existencia de dos normas distintas, una de conducta y otra de valoración, pero con predominio de la importancia de la norma de conducta en el plano de la antijuridicidad.

Para la doctrina de la "doble naturaleza de la norma" (o de la "norma de valoración") la norma jurídica conforme a la cuál se mide la antijuridicidad de una acción es sólo norma de valoración[329]. El Derecho no es otra cosa que una suma de *juicios de valor*, con cuya ayuda se distingue entre comportamiento jurídico y antijurídico. En opinión de JESCHECK[330], para esta teoría toda norma jurídica es una norma objetiva de valoración que permite juzgar el actuar humano desde la perspectiva del orden comunitario. El Derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares. Por el contrario, según esta teoría, establece sólo un "deber ser impersonal" (*Mezger*), al limitarse a caracterizar como "deseables" o "indeseables" ciertos estados o acontecimientos. Dicho de otro modo, la contradicción con el derecho, la antijuridicidad se mide exclusivamente con parámetros objetivos desde la *norma de valoración*. Ahora bien, para esta teoría, de la norma objetiva de valoración surge (o se deduce, o está implícita) una *norma subjetiva de determinación*. Y esta norma de determinación (que no es otra que la "norma de conducta" o "imperativo" o "norma de deber" de la teoría imperativa) surgida de la norma de valoración, sólo va a ser considerada en el

[329] Para la doctrina española, vid. los autores ya citados; y para la doctrina alemana puede verse JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, Mir Puig/Muñoz Conde (Trads.), Barcelona 1981, p. 319 en nota 18, donde enumera una serie de autores alemanes defensores de tal posicionamiento, como Goldschmidt, Baumann/Weber, Bockelamann o Maurach/Zipf.

[330] Cfr. JESCHECK, *Ob. cit.*, p. 319.

plano de la culpabilidad, como ya hemos referido al analizar la tesis de MEZGER.

La primera gran crítica que se formula a esta teoría es la insuficiente determinación del objeto de valoración, o expresado de otro modo, la manera en que se da respuesta a la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que realmente se valora? Lo primero que se cuestionó es que el "objeto de la valoración" puede ser tanto el resultado exterior como la actitud subjetiva del autor[331]. En definitiva el problema consiste en saber qué es lo que se valora, si un resultado (un acontecimiento/situación), o una conducta (una acción humana). Y como se pregunta MOLINA FERNÁNDEZ[332], en el caso de que se valore o desvalore una conducta, ¿Qué características de la acción humana la hacen disvaliosa: su capacidad para causar hechos desvalorados comprobada *ex post*, su peligrosidad *ex ante*, o la intención con que la emprende el autor?

5. Una teoría de las normas en el sistema penal es importante, en tanto que dependiendo de la concepción de la norma que se mantenga, ello tendrá importantes consecuencias en la teoría del delito. Sosteniendo una concepción valorativa de la norma, que es la que mantienen los partidarios de la doble concepción de la norma, el núcleo de la antijuridicidad va a desplazarse al resultado. La antijuridicidad se medirá por el resultado y no por la conducta o acción. Ello implica concebir la norma valorativa en el ámbito de la antijuridicidad, y la norma de determinación de conducta en el plano culpabilidad. Por lo tanto se eleva el *desvalor de resultado a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal*.

En tanto se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal es, en el terreno de la antijuridicidad, simple norma de valoración, y se postule con ello una concepción absoluta o predominantemente objetiva, lo trascendental a la

[331] En cuanto a las consecuencias, vid. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 67.

[332] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., pp. 272-273.

hora de decidir si una conducta es o no contraria a derecho será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido, o lo que es lo mismo: la presencia de un *desvalor de resultado*[333]. El juicio de antijuridicidad consistiría en un juicio de desaprobación sobre el resultado, sobre el hecho en cuanto que haya generado una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La norma de conducta queda desplazada al ámbito de la culpabilidad, conservando el *desvalor de acción* un papel puramente secundario o inexistente para la determinación del injusto. El ilícito se reduce a la causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico causalmente producida.

Pueden plantearse, una serie de preguntas de difícil solución para la teoría de la doble concepción de la norma, para una teoría de la norma de valoración que resuelve la antijuridicidad como juicio de desvalor sobre un resultado, y que relega la norma de conducta (o norma subjetiva de determinación, o norma de deber), y con ello el *desvalor de acción*, a la culpabilidad: ¿Cómo se resuelven desde una posición puramente objetiva los delitos de omisión propios; y los delitos de mera actividad; y los delitos de peligro abstracto? ¿Y los delitos de omisión propios construidos como delitos de peligro abstracto que sólo tutelan funciones?[334] Nuestro Código penal contiene diversos ejemplos de figuras delictivas con estas características, y por ello debe buscarse una solución dogmática que parta de la observación de estas figuras, de la *realidad legislativa penal actual*, que por inducción extraiga las características reales de los vigentes tipos delictivos, y construya - o utilice - un concepto de norma adecuado al actual sistema penal (o deseche el que se haya revelado insuficiente); y que posteriormente y de forma deductiva analice dogmáticamente los enunciados prescriptivos jurídico-penales desde una visión coherente de la norma penal con la realidad jurídico-penal actual. Una teoría del delito que pretenda ser aplicada

[333] Vid., al respecto, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 18.

[334] Como por ejemplo el delito de (desobediencia) incomparecencia ante Comisiones de investigación parlamentarias, regulado en el artículo 502 del vigente Código penal.

con éxito a cualquier figura delictiva, debe ser una teoría general, única. No pueden quedar toda una serie de figuras delictivas extramuros de la teoría del delito, porque no les hallamos una solución dogmática coherente con nuestro concepto de norma; pues llegados a este punto, únicamente quedaría la posibilidad de construir distintas teorías del delito: una para los delitos dolosos de resultado, otra para los delitos de omisión propios, otra para los delitos de omisión impropios, otra para los delitos imprudentes, otra para los delitos de peligro abstracto, otra para los delitos sin ofensa a bienes jurídicos[335], etcétera.

[335] No se puede mantener, desde una visión estrictamente lógica, que el delito es lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y al mismo tiempo sostener que existen delitos sin ofensa a bienes jurídicos, vid., al respecto, por ejemplo, MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, cit., pp. 559-617. Y de nuevo utilizo el principio lógico de contradicción. Puesto que ambos enunciados son contradictorios: no se puede afirmar la validez de ambos enunciados, y por consiguiente uno de los dos es falso. O bien el delito no es lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, o bien no existen delitos sin ofensa a bienes jurídicos, y por tanto no pueden ser interpretados como tales. Debe aceptarse esta conclusión como incuestionable, y desde allí trabajar dogmáticamente, pero no es lógico (y por tanto pienso que no es válido jurídicamente) mantener ambos enunciados como verdaderos, aceptar su coexistencia, y elaborar o mantener dogmáticas construidas sobre bases falsas. Para profundizar en el estudio de los problemas que puede llegar a plantear la contradicción entre la lógica, la lógica de normas y la dogmática "creadora", vid. el extenso y profundo desarrollo planteado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 43-178, en especial pp. 140 y ss, y pp. 154 y ss., sobre las relaciones, o tensiones entre el sistema de la dogmática penal como "sistema abierto" valorativo y funcionalizado teleológicamente, en contraposición a una pretensión dogmática de neutralidad y a un modelo neopositivista. Sobre la irracionalidad científica de algunos razonamientos dogmáticos en el ámbito del Derecho penal también se ha expresado contundentemente GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 108 y ss., al observar que a menudo se tiene la impresión de que hay algo de desesperado en el modo en que los juristas se aferran al principio de culpabilidad. Por ejemplo: Confesar abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío, y no obstante decidirse a favor de él, *supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación* (p. 108) [...] Esta actitud en la que se ha colocado la mayoría de los representantes de la ciencia del Derecho penal es a la larga, insostenible. Insostenible porque no se puede profesar el "principio de culpabilidad" oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología o el psicoanálisis, dedicadas precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano, y confiar en que esas ramas del saber van a abstenerse de intervenir, *tolerando que los juristas hagan profesiones de fe sobre una cuestión en que los especialistas piensan de manera muy distinta*: [...] a saber, que es imposible demostrar si una persona concreta, en una situación concreta, ha cometido libremente o no un determinado delito (p. 109). [...] Pretender fundar el Derecho penal en el (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla a pesar de todo, sólo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues *es simplemente una provocación pretender darles lecciones o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos decidiéndose "irracionalmente" (esto es en una esfera no accesible a la argumentación) a favor del libre albedrío* (p. 110). Los subrayados son míos. Pues bien, estas decisiones irracionales a las que se refiere GIMBERNAT ORDEIG, no sujetas ni a la lógica ni a la posibilidad de argumentación; esto es, que ni son controlables ni discutibles desde la lógica o

6. Para finalizar este epígrafe considero interesante detenerme en el análisis que MOLINA FERNANDEZ lleva a cabo de la teoría de la norma de doble contenido o norma de valoración, apuntando que los verdaderos problemas de esta teoría se plantean precisamente cuando se la examina como tal teoría de la norma[336]. Al respecto señala dos problemas específicos: la ambigua naturaleza de la norma de valoración; y su relación con la norma de determinación, que opera en el plano de la culpabilidad.

Como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, la teoría de la norma de valoración como eje del injusto tenía la indudable ventaja de respetar el sentido genuino de la norma directiva[337] (o norma subjetiva de determinación, o norma de conducta) - reservada para la culpabilidad[338] - , y a la vez permitir un concepto de antijuridicidad centrado en la lesividad del hecho para los bienes jurídicos[339]. Si esta teoría presentaba el indudable mérito de facilitar la distinción de manera clara entre antijuridicidad y culpabilidad ¿A qué se debió su desmoronamiento en

---

la racionalidad, no aportan nada sino dificultades y contradicciones insalvables en la construcción dogmática jurídico-penal. Para la importancia del método de análisis lógico como instrumento indispensable para el avance y desarrollo del Derecho penal, vid., SERRANO PIEDECASAS, "Crítica formal del concepto de omisión", en *ADPCP*, 1993, pp. 983 y ss.

[336] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 273.

[337] Vid., MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit.,* pp. 560-561, recordando que la norma de determinación en este esquema es la misma norma que constituye el centro del injusto en la teoría imperativa.

[338] LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", en *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, p. 42, advierte que lo curioso es que la mayoría de quienes en el campo jurídico-penal atacan la concepción imperativista de la norma, acaban reconociendo que la norma penal también opera como norma de determinación, sólo que consideran que el aspecto primario es el de la norma de valoración. Concretamente, lo que se niega es que en el campo de la antijuridicidad la norma que se infringe sea norma de determinación: en la antijuridicidad sólo se infringiría la norma objetiva de valoración, mientras que la norma penal en su aspecto de norma subjetiva de determinación sólo operaría en el campo de la culpabilidad.

[339] En palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, la utilización de la norma de conducta (o determinación) en la antijuridicidad, combinada con la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, ha provocado tanto la adulteración de la norma directiva de conducta , como la permanente inestabilidad de la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, *Ob. cit.,* p. 561. Por oposición a esta difuminación de las fronteras entre culpabilidad y antijuridicidad, que se plantea en la actualidad, es donde se apreciaban las ventajas de la teoría de la norma de valoración.

la doctrina alemana? Al respecto MOLINA FERNÁNDEZ contesta que el *grave inconveniente de esta teoría consistió en su empeño en hacer del injusto la contrariedad a una norma de valoración*[340].

La teoría de la norma de valoración fracasa justamente porque pretende conceptuar la norma jurídico-penal como norma de valoración. Fracasa porque se quiebra un criterio lógico en su argumentación, de forma casi idéntica a la postura mantenida por VON LISZT, y que ya he criticado con anterioridad. No se puede afirmar, por el principio de contradicción, que una norma prohibe y a la vez no prohibe (valora); por consiguiente uno de los dos enunciados es falso; y los defensores de esta teoría nunca pudieron negar que la norma penal prohibiera conductas. De nuevo se demuestra la fragilidad de la estructura de esta teoría de la norma de valoración que se edifica sobre premisas falsas, o al menos contradictorias. MOLINA FERNÁNDEZ ha insistido en este punto indicando la fragilidad de la norma de valoración como norma[341], y cómo si ésta perdura hoy entre autores importantes no es por su valor como teoría de la norma, *sino porque permite mantener algo que sí está justificado, como es la distinción entre el desvalor material del hecho y el reproche al autor por la infracción de la norma que se le impone*[342]. MOLINA FERNÁNDEZ[343], resalta las contradicciones en que incurren quienes todavía hoy defienden la distinción entre norma de

---

[340] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit., loc. cit.*

[341] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 562.

[342] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit., loc. cit*, observación que por otra parte considero plenamente correcta. De hecho creo que una de las principales razones por las que en general la doctrina penal no se ocupa de la teoría de las normas, de *sus* normas, es precisamente porque en la actualidad un profundo análisis como el llevado a cabo por ARMIN KAUFMANN (hasta donde alcanza mi conocimiento su *Teoría de las normas* es la última gran obra penal sobre teoría de las normas), desembocaría en un notabilísimo acercamiento de la antijuridicidad y de la culpabilidad, y a un replanteamiento de su distinción, quebrando así un principio muy querido, muy didáctico y muy práctico, como es el de la neta separación entre injusto y culpabilidad. Y creo que en esa dirección apunta una lectura global de la obra de MOLINA FERNÁNDEZ.

[343] MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, pp. 465-467.

valoración y norma de conducta, y en concreto comenta críticamente la forma en que COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN conciben la tipicidad del delito omisivo. La premisa de la que parte, y que yo considero sustancialmente correcta viene a ser la que sigue: Si en el delito activo el sujeto infringe la norma prohibitiva que le obliga a no realizar algo, en el delito omisivo infringe una norma preceptiva que le obliga a realizar algo. En ambos casos la ley impone una obligación jurídica consistente en hacer o no hacer; luego el delito consiste en incumplir la obligación legal[344]. De ello se desprende que el núcleo del injusto en los delitos omisivos va a consistir en la infracción de un deber jurídico concreto[345]. En la omisión, la necesidad de conectar el injusto con la infracción de deberes jurídicos es especialmente notoria, por lo tanto MOLINA FERNÁNDEZ advierte que, quienes intentan desligar el injusto de la infracción de deberes jurídicos para centrarse sólo en el aspecto material de la lesión o peligro de bienes jurídicos, tienen en este punto verdaderos problemas[346]. De manera resumida, la tesis desarrollada por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sería la siguiente: en primer lugar asumen que la afirmación de que el injusto típico consiste, siempre y en todo caso en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, plantea dificultades en el seno de los delitos omisivos[347]. Los citados autores parten de un concepto normativo de omisión, y ellos mismos reconocen que :

> Según esta concepción (de la que parten), solamente omitiría quien estuviese obligado a llevar a cabo la acción esperada. El deber jurídico pasaría, de este modo, a

[344] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 465.

[345] En las páginas iniciales del trabajo he indicado las razones por las cuáles consideraba los términos "obligación" y "deber", obligación jurídica y deber jurídico, como términos equivalentes y de igual contenido conceptual; y por ello los utilizo indistintamente, vid., el apartado 1.1., del Capítulo II, de este trabajo.

[346] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, p. 465.

[347] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 387, y que ello ha llevado a algunos autores a afirmar que, en tal especie de delitos*, el deber jurídico pertenece a la esfera del injusto* (subrayado en el original).

ser un componente básico del injusto, desde el momento en que determinaría la presencia o ausencia del indispensable sustrato típico representado por la conducta[348].

Por tanto el deber de actuar debería ser el primer elemento constitutivo de la omisión (y la infracción del deber[349] el elemento constitutivo del injusto), pero rechazan esta consecuencia:

> Es evidente que la definición de la omisión no puede hacerse sino por referencia a una "acción esperada". *Pero acción esperada no es todavía acción debida*. [...] En los delitos de acción el sujeto crea el peligro o lesiona el bien jurídico. En la omisión el peligro existe previamente y es precisamente ese peligro previo el que origina, en el seno del ordenamiento jurídico, la "espera" de una conducta que lo conjure. Esa espera existe aun cuando el individuo concreto no se halle obligado a realizar la acción esperada[350].

Surgen así en el tipo de injusto en los delitos omisivos lo que COBO/VIVES denominan "posiciones de deber", y el "deber"[351] propiamente dicho queda relegado a la culpabilidad:

> El *tipo de injusto* de los delitos omisivos queda encuadrado por la *espera* del ordenamiento jurídico: hay posiciones (que podemos denominar *posiciones de deber*) en las cuales si el sujeto no actúa en el sentido esperado, puede decirse que omite. Las distintas *posiciones de deber* [...] constituyen el *núcleo* de los respectivos *tipos de injusto*, [...] pero ninguna de tales *posiciones de deber*, comporta todavía *un deber*. [...] En consecuencia, en los delitos de omisión la *posición de deber* configura el tipo de injusto, mientras que *el deber* se adscribe a la culpabilidad[352].

Llegados a este punto, y planteada la tesis de COBO/VIVES, puede intuirse ya cuáles son las afirmaciones controvertidas de su argumentación; para ponerlo de relieve utilizaré las palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, y finalizaré

---

[348] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit., loc. cit*.

[349] Un buen ejemplo de "delito de infracción de deber" es el delito (de omisión propia) de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación, artículo 502.3 CP.

[350] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 387-388.

[351] Tan solo añadir que COBO/VIVES, mantienen que del juicio de valor en que la norma consiste, puede desprenderse un deber de actuar o, por el contrario, un deber de abstenerse de actuar, y que por consiguiente de las normas penales se deducen prohibiciones y excepcionalmente mandatos, *Ob. cit*., p 381.

[352] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.,* p. 389.

con mi visión personal que coincide en gran medida con la de la del citado autor, aunque con algunos matices:

Verdaderamente resulta difícil determinar la naturaleza de la "espera" que constituye, según estos autores, el núcleo del injusto. ¿Significa sencillamente que al ordenamiento *le gustaría* que se realizase la acción? No parece que haya otra alternativa si de antemano se excluye que ello pueda significar que verdaderamente el sujeto tiene un deber de actuar. Ahora bien, conectar la antijurídico, no con lo que el ordenamiento reclama de los ciudadanos, sino con lo que le gustaría que sucediera, supone renunciar al carácter prescriptivo del derecho. Que los propios autores no creen demasiado en esta solución lo muestra el que a su conducta esperada la denominen precisamente "posición de deber", seguramente con la intención de sugerir que algo tiene que ver con un deber jurídico. Lo que sucede es que aquí no hay términos medios: o bien la ley impone deberes jurídicos, y entonces es preciso analizar cuáles son sus requisitos, o bien expresa deseos, y entonces no hay posición de deber alguna. Las dificultades en este punto de estos autores coincide con las que padeció MEZGER, al definir en un primer momento su norma de valoración como norma sin destinatario, sólo referida a un abstracto "se debe". La antijuridicidad en el delito omisivo, como en cualquier otro hecho ilícito, no puede consistir más que en la infracción de una obligación jurídica (de un deber). Falta ver cómo se determina esa obligación[353].

Mi punto de vista, coincidente pero matizado, se fundamenta, de nuevo, en el principio de contradicción: no se puede afirmar que quien tiene una "posición de deber" no tiene un deber; de la misma manera que no se puede afirmar que quien tiene una "posición privilegiada" no tiene un privilegio, ni que quien "mantiene una postura discrepante" no discrepa. No se puede afirmar una cosa y su contrario y pretender que ambas sean ciertas[354]. Uno de los dos enunciados es

---

[353] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 466.

[354] Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, "Dogmática y sociología jurídica: sobre la ontología del conocimiento jurídico", en *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra (Barcelona), 1982, p. 50, quien advierte que todas las contradicciones son iguales: un conjunto de enunciados es contradictorio (tener una "posición de deber" no es tener un "deber") si de él es derivable la conjunción de un enunciado y su negación. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 164-165 y pp 174-176, también ha resaltado la importancia de la lógica en la argumentación (aunque finalmente se limite a aceptar tan solo una "controlabilidad racional") al observar que muchas argumentaciones jurídicas no pueden estimarse como "lógicas" en sentido estricto, y que incluso, en algunos casos, el razonamiento dogmático al uso puede violar las reglas de la lógica formal; un aspecto, éste último, que resulta intolerable y debería ser rectificado (p. 164). Más adelante, se decanta por un planteamiento de "controlabilidad racional" (p.165), estimando que los enunciados de la ciencia del derecho, si bien no pueden ser "verificados", sí pueden ser descartados o, en la terminología científica, "falsados". Ello significa que pueden ser rechazados como pretendida expresión del "Derecho correcto" para una determinada estructura dogmática o un cierto grupo de casos problemáticos.

por tanto, desde principios lógicos, falso. La tesis mantenida por COBO/VIVES, es por ello *contradictoria*[355]. Una característica por otra parte de la que adolece la teoría de la doble función de la norma, como teoría de la norma, ya desde sus inicios. Contradicción evidenciada además, no sólo por el análisis dogmático sino desde el propio Derecho penal positivo, por ejemplo por la rúbrica del Título IX del Código penal "De la omisión del deber de socorro". ¿Un delito de "omisión del *deber* de socorro" no es un delito de "omisión de un *deber*"? Resulta francamente difícil de sostener desde argumentos lógicos tal afirmación.

La segunda apreciación se refiere a la consideración del concepto de "espera" en la omisión. Tomaré el clásico ejemplo de la omisión del deber de socorro (artículo 195 del vigente Código penal). Esa "espera", no es sino la razón, o el motivo por el cuál el legislador ha decidido tipificar el delito de omisión del deber de socorro. El legislador penal[356] (en ficticia, aunque formal representación de la voluntad objetiva de los miembros de un Estado social y democrático de derecho[357]) "espera" que cuando una persona se halle desamparada y en peligro manifiesto, los demás la ayuden; y precisamente como

---

Finalmente SILVA SÁNCHEZ, concluye (p. 165) que de hecho, la evolución de la dogmática sigue, de algún modo, este método de "falsación"; y cita a PAWLOWSKI (nota 571) indicando que en la ciencia jurídica de lo que se trata es de distinguir las soluciones "sostenibles" de las "no-sostenibles" debiendo sentarse claramente el ámbito de lo "insostenible". (Retoma similares argumentos en pp. 174 a 176).

[355] Según la Ley de Contradicción en la formulación: "Ninguna proposición es verdadera y falsa a la vez", vid., VON WRIGHT, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, García Ferrero (Trad.), Madrid, (reimpresión de la 1ª ed. 1970) 1979, p. 23.

[356] Como ha señalado NUVOLONE, "Cesare Beccaria e il problema penale", en *RIDPP*, 1964, p. 968, la única razón que justifica la elección del poder legislativo como único detentador del poder normativo en materia penal, reside en la representatividad de dicho poder, y en ser expresión no de una reducida oligarquía, sino del pueblo entero, que, por medio de sus representantes, espera que el ejercicio del poder se produzca, no ya arbitrariamente, sino por su bien y en su propio interés.

[357] Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 78-79, se ha pronunciado sobre la dificultad que entraña determinar en las modernas democracias, quién es el legislador cuya voluntad hay que averiguar. Por ello, cuando se plantea la cuestión de si el fin a investigar es el subjetivo del legislador, o el llamado "fin objetivo de la ley", se decanta a favor de la segunda alternativa, p. 78 y p. 80. Afirmación que comparto plenamente.

"espera" que cuando la situación de desamparo se produzca, correlativamente se produzca también (en la medida de lo posible) una situación salvadora, entonces (y porque lo "espera") *crea una obligación jurídico-penal de actuar*; o lo que es equivalente, crea un mandato (tú debes) de socorro, es decir *impone un deber de socorro* a las personas, precisamente porque esa, y no otra, es la conducta que "espera", por ello transforma la "espera ideal" en un precepto jurídico[358], y así la expectativa ingresa en el código normativo. Positiviza sus fines objetivos ("objetivos ideales") en disposiciones prescriptivas, obligatorias esto es, en expectativas normativas. Sintetizando, crea un deber/expectativa jurídico-penal de socorro; se pasa así del "deber ser" al "deber hacer" que la norma establece. Cuando el legislador crea un delito, desde postulados de lógica deóntica, resulta irrelevante que una norma establezca: un mandato, "Obligado socorrer en caso de accidente", o una prohibición "Prohibido no socorrer en caso de accidente". El ordenamiento jurídico-penal no se limita a "esperar", sino que establece mandatos o prohibiciones de conductas; una norma penal no es una declaración de intenciones[359]; El ordenamiento jurídico-penal no (sólo) "espera" que no se mate, sino que prohibe matar. El contenido de una norma penal *no es una "espera" esperada; sino una "espera" exigida*. Con ello se crea el deber, y junto al deber, la expectativa de conducta.

Todo ello desde finalidades preventivas[360], lo cual nos lleva a afirmar que las normas penales prohiben o mandan determinadas conductas *ex ante* como medios instrumentales para prevenir la lesión o puesta en peligro de bienes

---

[358] Puede observarse esta secuencia lógica en la formulación de VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., p. 133: El dador de la orden *desea* que el resultado del acto prescrito *suceda.* Por lo tanto, *desea* que el sujeto de la prescripción *haga* el acto en cuestión, es decir, que haga que el cambio deseado se produzca. Mandando al sujeto puede *hacer que haga* el acto. *Por tanto da la orden*; vid. también GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento", en *ADPCP*, 1987, p. 582, afirmando que la omisión es siempre un no hacer en contra de lo exigido por alguna norma. (Y por tanto no consiste simplemente en un no hacer en contra de lo "esperado", sino en un no hacer en contra de lo *exigido*).

[360] En palabras de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 362, la norma primaria contempla la realidad desde una perspectiva *ex ante*, esto es, previa a la comisión de los hechos delictivos. Desde tal perspectiva, expresa, de modo genérico, qué conductas tienen contenido de merecimiento y necesidad de pena tal que deben ser penalmente prohibidas (para intentar evitarlas por la motivación) y cuáles, en cambio, no.

jurídicos; o desde postulados de una dogmática jurídico-penal normativista, para mantener la vigencia de la norma[361], y así mantener vigentes las expectativas y con ello el sistema social en un plano estabilizado. Esta última tesis lleva a considerar que las normas penales se protegen a sí mismas[362], y esto a su vez, como medio de asegurar una convivencia social creada mediante una constelación de expectativas recíprocas que garantizan la estabilidad del sistema social.

1.4. De nuevo una concepción imperativa de la norma

1.4.1. Introducción

1. La evolución doctrinal de la teoría del delito fue poniendo de relieve que la infracción de la norma, no consistía en la infracción de una norma de valoración, sino en la de una norma de conducta (mandato y prohibición), superando de esta forma los postulados de VON LISZT[363] y los posteriores de MEZGER en los que se entendía la antijuridicidad como infracción de la norma de valoración[364]. Como ha planteado MIR PUIG, esta construcción tropieza con

[361] Sobre la protección de expectativas, y la estabilización de la norma, vid. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Trad.), Bogotá, 1995, pp. 15-48.

[362] Vid., la explicación coherente de la aparente circularidad de tal afirmación, el punto 2.2.2.3. del Cap. III, de la "Primera parte" de este trabajo.

[363] Vid. por ejemplo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 225-228.

[364] BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 68, manifiesta, que el "finalismo" y el "causalismo" fueron dos corrientes de pensamiento que concibieron la norma de una manera diversa: mientras los causalistas siguieron la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas proclaman un retorno a la teoría de los imperativos.

En contra de ambas posturas, por considerar que parten de un dogma naturalista que asigna al Derecho penal la labor preventivo-policial de evitar lesiones de bienes jurídicos se pronuncia LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 42.

la siguiente aporía[365]: si se concibe la norma de valoración como distinta de la norma de determinación, se está afirmando que una norma jurídica puede consistir en una pura valoración desprovista de carácter *prescriptivo*, lo que se aparta del sentido usual de la palabra *norma* y desconoce la función reguladora de conductas de las normas jurídicas; pero si las expresiones *norma de valoración* y *norma de determinación*, se entienden en el sentido de dos aspectos o funciones de una sola norma, la sola oposición a la valoración no es infracción de toda la norma. O dicho en otros términos: tan sólo puede castigarse una acción prohibida, no la lesión de un bien como tal lesión[366]. La norma se entiende como un directivo de conducta, y es esta norma la que va a servir de referente en el juicio de antijuridicidad (y no simplemente la norma de valoración). Esta es la solución de los imperativistas clásicos y también la que supuestamente asume la doctrina hoy ampliamente mayoritaria, que mantiene que ya en la antijuridicidad debe examinarse la norma como norma de determinación[367], y no en la culpabilidad como pretenden los defensores de la norma como norma de valoración. La norma de conducta pasa así al primer plano, como norma imperativa, para determinar la antijuridicidad. La concepción actualmente dominante[368], a diferencia de lo que sostenía MEZGER, considera ya la norma en

[365] Cfr. MIR PUIG, *Ob. cit*., p. 226.

[366] Sobre el tema vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Córdoba Roda (Trad.), Barcelona 1962, pp. 258 y ss., para quien la norma, lejos de prohibir mecánicamente todo menoscabo del bien, y de presentarse como simple prohibición de un causar, orienta en gran parte sus mandatos a la especie y modo de la acción contraria al bien jurídico. La norma tan sólo quiere prohibir las acciones contrarias al bien jurídico desvaloradas socialmente (p. 263).

[367] Al respecto, vid., MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 563.

[368] Entre otros muchos vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 375 y ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, pp. 259 y ss; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, *Parte General*, Mir Puig/Muñoz Conde (Trads.) Vol. I, Barcelona, 1981, pp. 318 y ss.; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 225 y ss; MIR PUIG *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 42 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 26 y ss., y en especial 36 y ss.; MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 73 y ss., matizando todas sus anteriores posturas; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 340 y ss.; ROXIN, *Parte general*. Tomo I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Luzón Peña/Díaz y

la que se basa el injusto como imperativo, como norma de determinación (norma de conducta), que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer[369]. Junto a esto, la concepción dominante pone también en la base del injusto una *norma de valoración*, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser[370].

2. Concretando, la corriente dogmática mayoritaria sostiene una concepción imperativa de la norma penal como norma de conducta ya en la antijuridicidad (y no sólo en la culpabilidad). Se mantiene la distinción entre el juicio de antijuridicidad y el juicio de culpabilidad - aunque esta distinción pierde evidentemente nitidez - ; y como observa HUERTA TOCILDO, se defiende una concepción dualista del injusto según la cuál, éste viene constituido por un desvalor de acción - configurado como la desaprobación que recae sobre una acción configurada como unidad causal-final de sentido - y un desvalor de resultado que radica en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico[371]. Por tanto, la antijuridicidad del hecho no se limita (ni se agota) a la producción de un resultado, sino que la acción, la conducta mediante la que se produce ese resultado desvalorado, debe ser, a su vez, también desvalorada ya en la antijuridicidad[372]. De ahí la relevancia de la distinción entre desvalor de acción y

---

García Conlledo/De Vicente Remesal (Trads.), Madrid, 1997, 10/93; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad,* cit., p. 120; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, *Parte General*, cit., p. 53; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, p. 32; GALLAS, "La struttura del concetto di illecito penale", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Angoni (Trad.), 1982, pp. 447 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 165; LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal" en, *ADPCP*, 1989, p. 42; ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, p. 160.

[369] Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, cit., 10/93.

[370] ROXIN, *Ob. cit.*, 10/93.

[371] Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., p. 120; vid. también pp. 19-20, y pp. 24 y ss.

[372] MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho,* cit., pp. 240 y ss., distingue entre el desvalor de resultado como desvalor objetivo del injusto, y desvalor

desvalor de resultado en el injusto. El contenido de los mandatos o prohibiciones de la norma penal serán conductas humanas, acciones u omisiones, pero no simples causaciones de resultados; el núcleo del injusto se desplaza así al desvalor de acción[373]. Esta teoría entiende las normas jurídicas como "imperativos de conducta" que se dirigen a todos aquellos sujetos a los que afecta su contenido, y no se hace distinción según la edad, la salud mental ni la cultura de los destinatarios de la norma[374]. El concepto de *valoración*, no es sin embargo ajeno a esta concepción, por ello ni se defiende un puro Derecho penal de la *intención*, ni el resultado se considera una mera *quantité negligeable* .[375]

---

intersubjetivo de la conducta como base objetiva necesaria para la antinormatividad personal; la suma de ambos elementos constituye la antijuridicidad global.

[373] Vid. al respecto, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, *Parte General*, cit., pp. 321 y ss.; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., pp. 24 y ss; En realidad, esta visión del injusto puede resumirse en la siguientes palabras de WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. (Una introducción a la teoría de la acción finalista)*, Cerezo Mir (Trad.), Barcelona, 1964, pp. 67-68: Lo injusto no se agota en la causación de un resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica como obra de un autor determinado [...]. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado [...]. La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que acabamos de rechazar, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayoría de los delitos es, sin duda, esencial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. *La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene sólo relevancia en el Derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho penal. El desvalor de resultado es un elemento que carece de independencia.*

Evidentemente, para WELZEL, las normas jurídico-penales no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, de ahí que retome la teoría imperativa de las normas, por una necesidad lógica. Es probable que por su planteamiento "lógico", esta tesis se haya impuesto mayoritariamente en la doctrina, y como apunta BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 73, la discusión entre causalismo y finalismo pertenece ya al pasado dogmático. En la actualidad, las tesis del finalismo son, en general, aceptadas [...] sin embargo ha sido importante recordar la polémica, pues es dentro de su marco donde tuvo lugar la última discusión sobre teoría de la norma en la dogmática penal.

[374] Vid. por todos JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, *Parte General*, vol. I, cit., pp. 320-323, advirtiendo que la dogmática clásica ancló su concepto de delito en la distinción entre injusto entendido de forma puramente objetiva, y una culpabilidad concebida con carácter puramente subjetivo, por lo que limitó el concepto de antijuridicidad a la valoración del *estado causado por el hecho.*

[375] Vid., las críticas de BRICOLA, "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, texto recopilado en: BRICOLA, *Scritti di Diritto penale*, Canestrari/Melchionda (Dirs.), vol. I, Tomo I, Milano, 1997, pp. 710 y ss., a la teoría personal

1.4.2. El elemento valorativo

1. No pretendo aquí exponer todas las consecuencias que se derivan en la teoría del delito a través de esta concepción de las normas, sino que me limito a exponer algunas implicaciones y algunos contenidos de la teoría imperativa de la norma; y más desde un plano de "teoría de la norma", que desde un plano de "teoría del delito". En las líneas que siguen abordaré la manera en que esta teoría de las normas concibe el elemento *valorativo* en su relación con la norma[376], y lo

---

del injusto, en la cual "el desvalor de acción" es el desvalor general de todos los delitos, mientras que el "desvalor de resultado", la lesión objetiva de bienes jurídicos, cumple sólo una función secundaria y limitativa: como mera *quantité négligeable* (pp. 711-712). Pero en la actualidad, quien considera que la antijuridicidad es - fundamentalmente - la infracción de la norma primaria de conducta, no mantiene que el desvalor de acción sea un puro desvalor de la intención (*Gessinung*), ni que el Derecho penal cumpla funciones éticas, ni que el resultado sea un elemento que pueda ser despreciado, de hecho estas (estereotipadas) afirmaciones pueden contradecirse con una lectura detenida del propio BINDING, cuando, al cuestionar precisamente un Derecho penal de la intención afirma que: "Sería una concepción verdaderamente grotesca de las prohibiciones y de los mandatos jurídicos, el configurarlos como emanados simplemente para asegurar a los súbditos de la ley ejercicios para la activación de su *actitud interna* leal o desleal. Al contrario, se trata de evitar graves perjuicios objetivos para el ordenamiento jurídico. La opinión contraria ignora obstinadamente la sensibilidad del ordenamiento jurídico en lo que respecta a las lesiones de su consistencia. Éste procede prohibiendo, ordenando y amenazando con penas, para conseguir su fin de autoconservación, *y no para husmear y juzgar la actitud interna de sus súbditos*" (Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2ª ed., vol. II, 1914, p. 232, cit. por MORSELLI, "Disvalore dell'evento e disvalore de la condotta nella teoria del reato", en *RIDPP*, 1991, p. 803); vid., también por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 386, observando que el fundamento de lo injusto desde perspectivas teleológicas, no es un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una *conducta*, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, una *conducta* que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 75, quien también parte de una visión imperativa de la norma, entiende que el fundamento de la prohibición es la peligrosidad objetiva de la conducta, no su voluntariedad en sí misma. E insiste el autor, en que el Derecho penal de un Estado social al servicio de la protección de la sociedad no tiene por objeto el *desvalor* de la "actitud interna" (*Gesinnung*) expresada por la decisión criminal, ni tampoco esta decisión, en sí misma, sino sólo evitar la *realización* voluntaria de acciones peligrosas para bienes jurídicos. Críticos con esta visión "objetivada" del desvalor de acción propuesta por MIR PUIG y seguida por SILVA SÁNCHEZ, son: COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 300, y nota 29.

[376] Vid. entre otros, por ejemplo KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 87 y ss; 348-352, y en sus conclusiones finales, en especial pp. 375 y ss.; WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 68; y ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, cit., 10/93, aceptando como elemento a tener en cuenta en el injusto la norma de valoración, y explicando que mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera

haré, tomando como ejemplo la concepción de Armin KAUFMANN[377] sobre la conexión entre *norma* y *juicio de valor*[378]; analizando primero la *secuencia escalonada de valoraciones* y posteriormente, la *génesis de la norma*. Lo que sigue, podría denominarse en terminología actual como: la *relación entre la norma primaria (norma de conducta) y la valoración*.

En la secuencia escalonada de valoraciones[379] encontramos en primer lugar el bien jurídico. Y en palabras de KAUFMANN, la primera valoración es siempre positiva; una valoración negativa presupone siempre una positiva que la precede, por más que ambas puedan coincidir en el tiempo. Esta valoración positiva se refiere, o mejor dicho, crea, a los llamados "bienes jurídicos"[380]. Se retoma de esta forma el planteamiento de VON LISZT, sólo que para éste coinciden *valor* y *norma*, la valoración se transformaba en la norma misma. KAUFMANN, observa que esta concepción de VON LISZT podría ser correcta

---

tentativa; ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, pp. 35-36 y 41-42. En la doctrina española, entre otros muchos, vid., MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., pp. 73 y ss., conectando de forma muy especial el concepto de bien jurídico y el principio de lesividad con un concepto de norma primaria como norma de conducta, esto es, como norma imperativa, matizando sus anteriores posicionamiemtos sobre la antinormatividad; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 340 y ss., exponiendo y rebatiendo extensamente, muchas de las críticas que se han dirigido contra una configuración de la norma primaria como norma imperativa o norma de deber.

[377] Considerado uno de los máximos representantes de la concepción personal del injusto.

[378] Extensamente, vid., KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 90 y ss. Como ha manifestado SILVA SÁNCHEZ, *Ob cit*., p. 335, debe ponerse de relieve la existencia de un acuerdo generalizado acerca de que la norma jurídico-penal expresa una valoración, esto es, que constituye, en esa medida, una "norma de valoración". Ello lo acogen también los partidarios de la concepción imperativa, por entender - razonablemente - que, si algo se prohibe u ordena, ello es porque previamente se ha producido una valoración positiva del hecho ordenado, o negativa del hecho prohibido. En el mismo sentido, ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 42.

[379] Vid. también ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Sancinetti (Trad.), Buenos aires 1990, pp. 136-137, y nota 50; SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? (Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas)", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 560, en nota 4.

[380] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., p. 90.

con respecto al "deber ser", pero para la *norma*, para el "deber hacer" no es suficiente[381]. Para BINDING, y según entiendo, de igual manera para KAUFMANN, el bien jurídico se concibe objetivamente, pero junto a éste, (y esto es fundamental) se comprenden también valores de situaciones (estados de cosas), y en parte también valoraciones de actos[382]. La suma de estos juicios[383] positivos de valor puede ser caracterizada como la "situación jurídicamente aceptada".

Después de los primeros juicios positivos de valor, siguen necesariamente, como *segundo nivel*, *las correspondientes valoraciones del acontecer*. KAUFMANN entiende por valoración de los acontecimientos: todo aquello que afecta a la "situación jurídica" valorada positivamente, es decir, todo acontecimiento que "lesiona un bien jurídico" y que cae bajo un juicio de valor negativo[384]. En este escalón se desvalora el resultado, el acontecimiento, con independencia de quién lo haya producido y de cómo se haya causado. En este segundo nivel todo acontecimiento que afecte a la situación jurídica valorada positivamente será desvalorado (o valorado negativamente).

En el tercer escalón de la secuencia de valoración, KAUFMANN sitúa las *obras humanas como objeto del juicio de valor*. Hemos señalado anteriormente

---

[381] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 90, y retoma el argumento en pp. 99-100.

[382] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., p. 91.

[383] Nada lejano a estas concepciones, WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Bustos Ramírez/Yáñez Pérez (Trads.), Chile, 1976, pp. 11-12, expone que toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acción) (p. 11). WELZEL resume y expone, de forma clara y lógica, la relación entre norma, valor y acción, cuando afirma que ambas formas de valor son importantes para el Derecho penal. El Derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como la vida, la integridad del Estado, la libertad etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que imponga consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). *Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohibe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acción.* (p. 12)

[384] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., *loc. cit*., ZIELINSKI, "El resultado en el concepto final de ilícito", en *Doctrina Penal*, 1988, pp. 283 y ss.

que en el segundo nivel el objeto de valoración era el acontecimiento. En este tercer escalón KAUFMANN apunta que de esos "acontecimientos" o sucesos destacan aquellos que son obra humana[385]. Y siguiendo a WELZEL, advierte que lo que se valora aquí no es la causalidad en tanto "acontecimiento" o "suceso", sino la composición teleológica de la intencionalidad del hombre[386]. KAUFMANN defiende así un concepto de ilícito personal al afirmar que el acontecimiento se transforma en "obra de la voluntad", la finalidad hace que el "acontecimiento" sea imputable a una persona y la valoración incluye como objeto al hombre[387]. *Es obvio que ninguna norma puede existir en virtud de sí misma, sino que está basada en un juicio de valor*[388]. La secuencia escalonada de valoraciones de KAUFMANN no debe entenderse como una cadena sucesiva de valoraciones, sino que pueden superponerse, e incluso contradecirse. Estimo evidente que tras esta exposición sobre los escalones de valoración, queda despejada la duda relativa a la importancia del elemento valorativo para la así llamada teoría imperativa de la norma, o para la teoría que defiende un concepto de norma primaria como norma de conducta y no exclusivamente como norma de valoración. Veremos a continuación la importancia que para dicha teoría, tiene la valoración en la génesis de la norma.

2. Una vez planteada la existencia y la importancia de los juicios de valor, o de las valoraciones; procede determinar su relevancia en el proceso de creación de la norma o génesis normativa. La secuencia lógica consistirá en pasar de un juicio de valoración a un juicio de "deber ser", y de ahí a un juicio de "deber hacer"; de la valoración de un bien jurídico a la desvaloración *mediante una norma*, de la conducta que lesiona o pone en peligro la existencia o el

[385] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 93.

[386] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., *loc. cit.*

[387] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., *loc. cit.*

[388] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., p. 94. Vid. también las críticas de BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., pp. 71-72, a los planteamientos de KAUFMANN.

mantenimiento de ese bien. KAUFMANN y BINDING estiman que mediante los juicios de valor se establece la "necesidad jurídica" o la "inadmisibilidad jurídica", y que constituyen sin duda el único motivo de la protección jurídico legislativa, expresándose en la norma y en la ley penal[389]. A partir de este dictado de las normas, según esta teoría, se va a producir un cambio fundamental respecto al legislador: el paso de la pasividad a la actividad, de la "valoración" a la "orden", en la forma de pensamiento, el cambio del *juicio de valor* al *juicio de deber ser.* Al transformarse la valoración en motivo legislativo ingresa la "idea de finalidad en la teoría del derecho"; sin embargo KAUFMANN y BINDING matizan la idea de VON LISZT de que la finalidad es inmanente al bien jurídico; para ellos la finalidad sólo es inmanente a la norma. El único fin de la norma sería prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efectos nocivos para el derecho y ordenar otras a causa de su indispensabilidad[390]. De aquí se desprende que la norma penal es ante todo norma de conducta, su función inmediata es la de prohibir o mandar determinadas conductas, eso sí, para tutelar bienes, o desde otra perspectiva, para mantener vigentes las expectativas y con ello la estabilidad del sistema[391].

[389] Cfr. BINDING, *Die Normen*, I, cit., pp. 356-357; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 97.

[390] Vid. BINDING, *Die Normen*, II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, 2ª ed., Leipzig, 1914-1916, p. 231; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 97; ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 140, considerando que la norma de determinación tiene el fin exclusivo de imponer el juicio de valor secundario, de prohibir el acto que debe no ser, de mandar el acto que debe ser, para servir con ello mediatamente a la meta verdadera del ordenamiento jurídico-penal, pero no alcanzable directamente: realizar los juicios de valor primarios, evitar lesiones del objeto de bien jurídico que deben no ser, promover el mantenimiento del objeto de bien jurídico que debe ser.

[391] Es crítico con la "teoría personal del injusto", dominante en Alemania, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 42-43, señalando que el punto de partida de esta teoría de las normas es el dogma del naturalismo (que LESCH critica duramente) que asigna al Derecho penal la labor preventivo-policial de evitar lesiones de bienes (objetos) jurídicos. Prevención significa dirección del comportamiento y la dirección del comportamiento se exige mediante normas de conducta, de determinación, o imperativas.

KAUFMANN coincide con VON LISZT en que la primera valoración se convierte también en último fin de la norma[392]. Pero lo relevante de esta teoría es que en las normas se trata siempre de un "deber hacer", o de un "deber no hacer" de sujetos volentes, y no de un "deber ser ideal". Destinatario de tales normas es un sujeto que debe poder ser motivado a evitar lesiones del bien jurídico (prohibición), o a la ejecución de una acción protectora del bien jurídico (mandato). Esta norma preventivo-protectora, como directiva de comportamiento (que trata de influir en el proceso de formación de la voluntad) sólo puede exigir y esperar de un sujeto una acción o una omisión, cuando éste pueda establecer de forma final sus cursos causales en el futuro. En la norma está incluido un juicio de valor. Pero la norma no es sólo un juicio de valor ya que precisamente expresa un *deber hacer*, y no un simple *deber ser.* Esto lo expone KAUFMANN[393], al razonar que, al momento axiológico se agrega otro teleológico: la norma obliga a algo, el objeto del juicio de valor es pensado como tarea, como meta. La finalidad en el pensar convierte al juicio de valor "válido" en "norma obligatoria", en obligación.

En conclusión, para esta teoría, la norma, toda norma, desea "influir"; corresponde a su propia naturaleza no mantenerse sólo en una estructura conceptual abstracta, sino también ser obedecida. Sólo en virtud de esta relación con la realización o la omisión de la conducta esperada son pensadas e impuestas las normas; donde falta este momento teleológico puede uno darse por satisfecho tan sólo con el juicio de valor. La norma, sin el momento teleológico, no se diferencia en nada del juicio de valor[394]. Por ello, desde la teoría imperativa de la norma penal, el carácter imperativo de la ley penal se corresponde con la función

[392] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 97, apunta que a pesar de que el valor del acto es el motivo y fin próximo de la norma, el juicio de valor sobre el acto se basa, a su vez, en el reconocimiento previo del bien jurídico; por tanto, la realización del valor del acto o el impedir el desvalor del acto no son fines en sí mismos, sino medios para la conservación o creación de los bienes jurídicos.

[393] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 99, y pp. 375 y ss.

[394] Vid. KAUFMANN, *Ob. cit.*, pp. 99-100, y pp. 101 y ss., para una observación y crítica de las concepciones divergentes acerca de la relación entre juicio de valor y norma.

que ésta está destinada a cumplir. La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza[395]. Evidentemente, al imperativo precede *lógicamente* la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada[396]; pero en opinión de MIR PUIG[397], esta valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para la efectividad de la norma lo decisivo es que el legislador le asigne virtualidad de un imperativo. Eso es lo que distingue un mero *deseo* de una *norma vigente*. Pienso que, como conclusión de este apartado quedan despejadas las dudas, y rebatidas las críticas que acusan a la teoría imperativa de las normas de prescindir de la valoración, del elemento valorativo.

1.4.3. El dolo como elemento de la antijuridicidad

1. Una consecuencia de la teoría aquí desarrollada es que el dolo pasa a formar parte también de la antijuridicidad[398], entendida ésta como infracción completa de la norma. Así, muchos autores defienden la ubicación sistemática del dolo en el injusto a partir de la teoría imperativa de la norma (derivada de una atribución de fines preventivos al Derecho penal), o de la concepción del injusto

[395] Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 57.

[396] Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 57; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 341; ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 41; LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", cit., p. 43.

[397] MIR PUIG, *Ob. cit*., *loc. cit*, p. 57; vid. también ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 42, quien expresa rotundamente que con simples normas valorativas, el derecho no podría ejercer el dominio que le corresponde sobre la vida del hombre en comunidad. Sería puramente "platónico", carecería de poder de creación. Sólo cuando las normas valorativas se transforman en exteriorizaciones de voluntad, es decir, en mandatos, se convierten en normas jurídicas.

[398] También GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema del Derecho penal en la actualidad" en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 142-143, llega a la conclusión, desde planteamientos de la función motivadora de la norma, de que el dolo es un elemento del tipo en los delitos dolosos, ya que es elemento esencial en la descripción de la conducta prohibida.

como injusto de la peligrosidad (*ex ante*) de la conducta, peligrosidad evidentemente afectada por la presencia del dolo[399]. No es éste lugar para detenerse en un tema cuya extensión excedería, con mucho la simple aspiración expositiva de este apartado[400]; baste al respecto, exponer simplemente y como ejemplo paradigmático en la doctrina española, la visión de MIR PUIG. El autor estima que todo el hecho, objetivo y subjetivo, debe ser objeto de valoración, unitaria, en la antijuridicidad, y ésta debe cobijar toda la antinormatividad del hecho[401]. Claro que ello va a implicar que si toda la infracción de la norma pasa a estar en la antijuridicidad, todo lo que condiciona la posibilidad de cumplimiento de la norma, y por tanto también de su infracción, por parte de su destinatario, habrá de contemplarse en la antijuridicidad. Estas consideraciones llevan a MIR PUIG[402] a - entre otras consecuencias - incluir en el injusto el dolo natural[403] y la

---

[399] Así lo señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 400 y ss., decantándose por esta opción dogmática, como consecuencia lógica de su adscripción a un concepto de norma penal como norma imperativa; ya que estima (p. 389) que son penalmente antijurídicas *conductas* que contienen un riesgo especialmente grave (en términos tanto cualitativos como cuantitativos) para bienes jurídico-penales, vid. también p. 385.

[400] La inclusión del dolo en el concepto de acción, y por tanto en el tipo penal, ha dado también una nueva fundamentación a la teoría de lo injusto. En oposición a la concepción anteriormente dominante, para la cual lo injusto se agota en la mera lesión del bien jurídico totalmente independiente del contenido de la voluntad del autor, WELZEL ha desarrollado consecuentemente a partir de la teoría final de la acción, el llamado concepto personal de lo injusto, vid. ROXIN, *Teoría del tipo penal. (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, Bacigalupo (Trad.), Buenos Aires, 1979, pp. 139-140.

[401] Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 226-227; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 42-48; MIR PUIG, *Derecho penal . Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, pp. 141 y ss.

[402] Vid., MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 227. Ahora bien, si la antinormatividad penal requiere no sólo la antijuridicidad penal objetiva, sino también la capacidad personal de advertir y cumplir la norma primaria ¿Qué queda entonces para la culpabilidad? Para MIR PUIG, (p. 247) no la *posibilidad* personal de ser motivado por la norma, que entiende como presupuesto de la antinormatividad, sino la motivabilidad *normal*. Sobre la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad vid. pp. 245-248; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p 58, expresa que la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal punitiva es la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo.

infracción del deber objetivo de cuidado, así como el conocimiento de la prohibición. Para MIR PUIG, y como resultado de la teoría de la norma imperativa que defiende, el juicio de desvalor objetivo (intersubjetivo) que permite la antijuridicidad penal objetiva, pese a recaer sobre la objetiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el *aspecto subjetivo del hecho*[404]. Resumiendo: el desvalor intersubjetivo de la conducta, prepuesto del desvalor de resultado y, por tanto, de la antijuridicidad objetiva, no depende para MIR PUIG sólo de la parte objetivo externa del hecho, como defendían los partidarios de la doble función de la norma primando su contenido externo valorativo en la antijuridicidad. La posición mantenida por el autor[405], manifiesta la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho; esto plantea la cuestión de qué elementos subjetivos han de ser tenidos en cuenta para el juicio de antijuridicidad objetiva; y en particular, la cuestión de si dicho juicio ha de tomar en consideración la concurrencia del *dolo natural* o *error* en el sujeto. MIR PUIG[406], contesta afirmativamente a las dos cuestiones planteadas.

Si uno parte de la teoría de las normas primarias como normas de conducta o normas de determinación, creo que una consecuencia inevitable

---

[403] Recoge las críticas que a esta concepción se dirigen desde postulados causalistas, y realiza una defensa de la postura imperativista de la pertenencia del dolo al tipo de injusto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 350-351.

[404] Vid. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 233-234; Id., *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 138 y ss. No obstante, el autor, en un reciente artículo, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", pp. 73 y ss., desarrolla su concepción hacia postulados objetivo-valorativos de la antijuridicidad, exponiendo que ni la categoría de antijuridicidad penal, ni ninguna otra de la teoría del delito puede comprenderse adecuadamente sólo desde su relación con la norma imperativa, sino solamente desde el reconocimiento de que las diferentes categorías del delito suponen valoraciones jurídicas específicas distintas a la de la infracción de aquella norma (p. 74). Pero su evolución doctrinal no le impide seguir manteniendo que las disposiciones legales que castigan una conducta, al mismo tiempo están transmitiendo de forma tácita e indirecta la prohibición de la conducta (p. 75).

[405] Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 234-235.

[406] Cfr. MIR PUIG, *Ob. cit*., pp. 235 y ss; en p. 239 puede verse un resumen de su concepto de antijuridicidad.

consiste en incluir el dolo ya/también en el injusto. Siguiendo el esquema de la secuencia escalonada de valoraciones de KAUFMANN, podemos afirmar que la acción, como contenido de la prohibición jurídico-penal, medida ante los valores del derecho (bienes jurídicos), tiende a una meta de acción valorada negativamente (lesión al objeto del bien jurídico, u objeto del juicio de valor primario) y se convierte, por medio de esto mismo, en el objeto de un juicio de valor (secundario) negativo. Quien transgrede la norma, quien realiza la acción final prohibida, o bien omite la acción final mandada, realiza el juicio de valor (secundario), realiza aquello que la norma tiene por finalidad y misión evitar; realiza el *ilícito*, en el sentido del Derecho penal[407]. En palabras de ZIELINSKI[408], el ilícito jurídico-penal es la realización del objeto de un juicio de valor secundario; es decir, sólo acciones finales son ilícito. El dolo es constitutivo del ilícito.

1.4.4. Los destinatarios de la norma primaria

1.4.4.1 Introducción

1. Un problema relacionado con el de los elemento subjetivos que deben valorarse en el injusto es el de los destinatarios de la norma primaria; entendida como norma que pretende motivar la conducta de sus receptores, para facilitar la protección de bienes jurídicos (desde una dogmática jurídico-penal naturalista), o para evitar el comportamiento que defrauda expectativas[409] (desde una dogmática jurídico-penal normativista). A la teoría imperativa de las normas se le ha formulado la objeción de que presupone el conocimiento de la norma por parte de sus destinatarios, los ciudadanos; y ello implicaría la ruptura del vínculo entre

[407] Sobre ello vid., ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 141.

[408] Cfr. ZIELINSKI, *Ob. cit., loc. cit.*

[409] Vid., JAKOBS, *Derecho penal . Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1995, 8/8.

el imperativo y sus destinatarios en los casos en que éstos desconocen, no comprenden o no se sienten vinculados por aquél[410]. Como colige SILVA SÁNCHEZ - autor que comparte expresamente la tesis imperativista acerca de la esencia de las normas jurídico-penales[411] - , una concepción imperativa de las normas no explicaría la antijuridicidad de las conductas de los sujetos en quienes no se da una vinculación con el imperativo, y no obstante, no podría caber duda acerca de la antijuridicidad de tales conductas. La dificultad estriba en explicar cómo el inimputable puede obrar de forma contraria a derecho, siendo, como es, inaccesible al mandato de la motivación.

Hay quien ha señalado que la teoría de la motivación es una aportación inestimable de GIMBERNAT[412], a quien han seguido con variantes personales MIR PUIG[413] y MUÑOZ CONDE[414], y que consistiría en síntesis en que la norma jurídico-penal opera, para conseguir la protección de bienes jurídicos y los

---

[410] Vid., MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., p. 344, quien expone la incorrecta consecuencia de que el incapaz de actuar culpablemente (inimputable) no puede cometer acto injusto alguno; y que llevado a su extremo nos lleva a la imposibilidad de distinguir el injusto y la culpabilidad, salvo que se sustente la grotesca opinión de que el delito no es injusto; retoman estas críticas BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", siguiendo a BOCKELAMANN, en p. 20 y en pp. 31-35; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 79-81. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 334, asume críticas similares a esta, y expone las tesis que permiten defenderse de ellas, en pp. 334 y ss; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., pp. 102 y ss., en especial 109 y ss; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 55-56; y LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", cit., pp. 42-43.

[411] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., p. 340.

[412] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, pp. 11-12; aunque en su escrito se muestra crítico con la teoría imperativa de la norma y con la subsiguiente teoría de la "motivación" de la norma, *passim;* en el mismo sentido, también COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general,* 5ª,ed., Valencia, 1999, pp. 274-275.

[413] Vid. por ejemplo MIR PUIG, *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 98 y ss., pp. 182 y ss., y pp. 225 y ss.

[414] Vid. por ejemplo MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 46 y ss., en especial pp. 50-57; MUÑOZ CONDE, "Función motivadora de la norma penal y "marginalización"", en *Doctrina Penal*, 1978, pp. 33 y ss.

efectos preventivos, *motivando* en el individuo un determinado comportamiento mediante la amenaza de la pena, inhibiendo así las tendencias antisociales y promocionando los comportamientos valiosos[415]. Estimo conveniente apuntar, y ello sin restar ningún mérito a las aportaciones de GIMBERNAT, que ya KAUFMANN había abordado la cuestión en términos muy similares, desde su *Teoría de las normas*, y que precisamente a estos planteamientos se han dirigido las críticas en cuanto al (des)conocimiento de la norma por parte del destinatario. Por esta razón considero interesante traer aquí las reflexiones que sobre los destinatarios de la norma realiza KAUFMANN, antes de abordar la problemática en la doctrina española; aunque es preciso indicar que dicho autor equipara de forma habitual en este aspecto los conceptos de *norma* y de *deber*.

1.4.4.2. Las tesis de KAUFMANN

1. Veamos las tesis de KAUFMANN. En cuanto al sujeto y a la materia de la prohibición, el momento teleológico interno de la norma tiende a que ella sea pensada como motivo de los hombres. La relación a un hombre es, por tanto, esencial a la norma, y en ello hay acuerdo[416]. El *hombre* es el obligado; él es el sujeto de la norma, el "portador de un deber". Una prohibición dirigida a la nieve de no producir aludes sería tan carente de sentido y de objeto, tanto como dirigir prohibiciones a los zorros y a los gansos[417]. Aquí se maneja un concepto de hombre consciente, socializado y un concepto de normas como normas de conducta destinadas a regular la convivencia dentro de los ámbitos de normalidad y estabilidad. La norma se dirige en principio, y en general a *todos*, puesto que su función debe ser eficaz en toda la sociedad; eso sí, en una sociedad de personas

[415] Las referencias están hechas a GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, y en concreto al artículo "El sistema del Derecho penal en la actualidad", cit., pp. 131 y ss., en especial, pp. 142-144; también retoma la idea en el artículo del mismo libro "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", cit., pp. 162-163.

[416] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p 139.

[417] KAUFMANN, *Ob. cit*, pp. 139-140.

capaces de adecuar su conducta a las normas sociales y entre ellas a las normas penales. La norma penal presupone la existencia de alguien capaz de cumplirla, y la existencia de la sociedad se basa precisamente en esta premisa, en la existencia de seres racionales capaces de organizar su pacífica convivencia mediante normas. De lo contrario no habrán normas y por tanto, tampoco Sociedad[418].

KAUFMANN se pregunta ¿Qué es lo que puede ser contenido de un deber humano? Y contesta desde planteamientos de lógica pura: naturalmente sólo aquello que puede ser cumplido por el hombre. En tal sentido el efecto obligante de la norma está condicionado por la posibilidad del cumplimiento de la norma: "tú debes si puedes", y "no debes si no puedes"[419]. La norma se dirige por tanto a la capacidad del hombre, pues no tendría sentido prohibir al hombre ser causal de un alud. Sólo puede prohibirse un comportamiento final que ocasione un alud, y además podría ser prohibida la realización de determinadas acciones respecto de las cuáles sabemos que posiblemente causan aludes[420].

2. En lo que respecta al análisis de la concreción de las normas generales; primero se acepta que las normas son formas abstractas de obligaciones en referencia a la regulación de un sistema social, pero inmediatamente después aparecerá el problema del destinatario. Así, KAUFMANN afirma que la norma no pretende ser sólo un pensamiento, sino que tiene una vocación práctica en el sentido de ser seguida y cumplida. La norma no puede esperar la realización de su objeto: una prohibición "quiere" evitar la realización de cierta especie de actos. La prohibición no se concreta en relación a un acto ya realizado, sino que

---

[418] Ampliamente vid., el punto 2 (la norma primaria jurídico-penal como norma de conducta), del Cap. III, de la "Primera parte" de este trabajo.

[419] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 140.

[420] El ejemplo es de KAUFMANN, *Ob. cit*, pp. 140-141, para quien *obviamente el contenido de la prohibición es, por tanto, siempre una acción (final)*; pues sólo aquello para lo cuál sería necesaria la dirección de la voluntad, puede ser inhibido por otra dirección correcta de la voluntad, (p. 141).

tiene que concretarse antes del comienzo del acto[421]. *Si no es así, la norma no puede alcanzar aquello que corresponde a su esencia misma: la motivación del "destinatario", es decir, la influencia en el momento de la toma de decisión*[422]. Aquí para KAUFMANN, la prohibición se concreta, no en un determinado acto en una situación concreta, sino *con respecto a un individuo determinado* que entra en consideración para un acto concreto que es objeto de la norma. Se deduce pues, que la norma en general y en abstracto se dirige a todos, pero que la prohibición en que la norma consiste, sólo se concreta con respecto a *los capaces de acción*[423], y con respecto a ellos siempre.

3. Lo característico en la teoría de KAUFMANN, es que la capacidad para cumplir con el deber, la relación entre la norma y el capaz de darle cumplimiento, los elementos de la capacidad para cumplir con el deber y la capacidad de conocer el deber son asuntos tratados en la *reprochabilidad*[424]. Muy brevemente los expondré a continuación, pues muchas de estas cuestiones son abordadas actualmente ya en el plano de la antijuridicidad, como después veremos, en especial el conocimiento y la posibilidad de motivarse por la norma. KAUFMANN apunta que del círculo de todos los destinatarios de la norma que entran en consideración primeramente para la motivación, surge un individuo seleccionado como concreto obligado; pero con ello no quiere decirse que este obligado individual sea verdaderamente adecuado para una motivación, es decir,

---

[421] Vid. KAUFMANN, *Ob. cit*, pp. 184-185.

[422] Cfr. KAUFMANN,*Teoría de las normas*, cit., p. 185. Pueden observarse claramente, a partir de estas afirmaciones, las convergencias y el paralelismo con los postulados mantenidos posteriormente en la doctrina española, por GIMBERNAT ORDEIG, MIR PIUG, SILVA SÁNCHEZ o MUÑOZ CONDE. No hay que olvidar que el libro de KAUFMANN, cuyo título original es *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normologik und moderne Strafsrechtsdogmatik)*, Göttingen, fue publicado por vez primera en el año 1954.

[423] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p 185, advierte que sólo está "obligado" por la norma, quien es capaz de realizar la acción normada. Mientras la norma desenvuelve su "validez" permanentemente con respecto a todos, sólo obra "obligando" con respecto a los capaces de acción *in concreto*.

[424] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, analiza estos elementos en el capítulo IV de su libro, dedicado a la reprochabilidad y a la pena, pp. 213 y ss.

que sea "objeto idóneo" del fin motivador de la norma y del deber[425]. En este estadio es donde se unen norma, deber, motivación y sujeto capaz, de la siguiente manera: si el deber debe ser motivo de la formación de voluntad, es preciso que aparezca en la conciencia del obligado. Por tanto sólo entra en consideración para la motivación, quien, *ad hoc*, en la situación que fundamenta el deber, está en condiciones de hacer surgir el deber en su conciencia[426]. En cuanto a la capacidad para cumplir con el deber (la norma) ello implica la capacidad de conocer el deber lisa y llanamente; los elementos de la cognoscibilidad del deber serían: la cognoscibilidad de la norma[427], y la capacidad para conocer la situación de la cual surge el deber[428]. Y finalmente, la capacidad de formar la voluntad conforme al deber conocido[429], implica que los presupuestos intelectuales de la capacidad para cumplir con el deber son ya *presupuestos para la motivación por el deber*. KAUFMANN, manifiesta que en la formación de la voluntad conforme a la norma se conectan presupuestos cognitivos y momentos volitivos[430]. Así, la formación de la voluntad motivada por el deber es el objetivo y la coronación de la norma, puesto que así alcanza su momento teleológico.

1.4.4.3. La doctrina penal española, en especial las posiciones de GIMBERNAT, MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ

[425] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*, pp. 213-214.

[426] Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 214 , estimando que la capacidad de cumplir el deber como deber, es por tanto, capacidad de *motivarse* por el deber, y, en consecuencia, capacidad de llegar a ser consciente del deber en el momento de la posibilidad de acción y de dirigir la voluntad conforme al deber.

[427] Vid. KAUFMANN, *Ob. cit.*, pp. 217 y ss; observando que la toma de conocimiento significa no sólo la recepción sensible de la norma, sino también comprensión de ella, captación de su significación precisamente como norma jurídica.

[428] Vid. KAUFMANN, *Ob. cit*., pp. 226 y ss.

[429] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., pp. 229 y ss.

[430] Cfr. KAUFMANN, *Ob. cit*., *loc. cit.*

1. Retomemos la crítica[431] centrada en la idea de que con esta concepción no se puede explicar la antijuridicidad de las conductas de, digamos, determinados inimputables que no son capaces de vincular su voluntad al imperativo o expectativa de conducta exigida por la norma, ya que no pueden (pues supongamos que les resulta imposible) conocer el contenido prescriptivo de la norma, y por tanto no pueden comprenderlo, ni respetarlo, ni por ello - y aquí reside el núcleo de la crítica - tampoco infringirlo, al menos en su contenido subjetivo. Si no es posible explicar o fundamentar la antijuridicidad de las conductas de determinados inimputables se hace imposible la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

El problema planteado desde luego no es sencillo; y muestra de ello es que ya ciertos autores imperativistas, representantes de la "concepción subjetiva de la antijuridicidad" como MERKEL, VON FERNECK, e incluso BINDING, sostuvieron que los imperativos jurídicos sólo se dirigían a los imputables, que serían los únicos que los pueden infringir, de modo que los inculpables no podían actuar antijurídicamente[432]. En la actualidad los partidarios de una teoría imperativa de la norma jurídico-penal, mantienen que ésta se dirige a todos los miembros de una sociedad, y por tanto también a los inimputables. De modo que

[431] Vid., críticamente, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", cit., pp. 31 y ss.; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 80. Aunque, según entiendo, afirmar la necesidad de declarar siempre la antijuridicidad de las conductas típicas de los inimputables, lleva a mantener una pura responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, respecto de los destinatarios de la norma carentes de discernimiento, y ello tampoco me parece correcto, puesto que en el Derecho civil el principio general es la responsabilidad por culpa o negligencia (artículo 1902 del Código civil), y no la responsabilidad objetiva. Así, PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 6ª ed., tomo I, Madrid, 1888, p. 281, comentando el artículo 16 del Código penal, llegó a afirmar que: "No hay aquí pena ni castigo, no hay aquí explicación, como no los hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos, y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de pagar lo que daña". Esto es la expresión más pura de la responsabilidad objetiva.

[432] Lo señalan LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", cit., p. 42; ID., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, p. 213 y ss; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 347. También ha puesto de relieve BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", cit., pp. 34-35, que la vieja teoría de los imperativos hacía depender la antijuridicidad de la imputabilidad del autor, llegando por tanto a identificar culpabilidad e injusto. Vid. también MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., p. 344 y nota 9.

los imperativos de las normas penales van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos sin distinguir entre culpables y no culpables[433]. En realidad puede resumirse esta visión con las palabras de JESCHECK:

"Los imperativos de las normas se dirigen a *todos* aquellos sujetos a los que afecta su contenido. No se hace distinción según la edad, la salud mental ni la cultura de los destinatarios de la norma. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales se hallan sometidos a las normas jurídicas que a ellos se refieren, y la experiencia muestra que de hecho se motivan normalmente por la norma jurídica. Sólo así se explica que puedan, siquiera dentro de ciertos límites participar en la vida colectiva"[434].

2. A esta afirmación se la ha acusado de ser insostenible. Y se ha dicho que la afirmación de que los niños, los jóvenes y los enfermos mentales, también se dejen motivar, por regla general, por las normas jurídicas, no es un dato de experiencia, sino afirmación puramente especulativa[435]; más acertada me parece sin embargo la crítica de BAJO FERNÁNDEZ[436], para quien resulta fuera de lo posible poder convencer a alguien de que un niño de corta edad o un enfermo

---

[433] Vid. LUZÓN PEÑA, *Ob. cit*., p. 43; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., pp. 109 y ss.

[434] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, *Parte General*, Mir Puig/Muñoz Conde (Trads.) Vol. I, Barcelona, 1981, p. 320. Antes de matizar sus posturas también se adhería a estas consideraciones MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 56, estimando que la norma quebrantada por el inimputable es, pues, también una norma imperativa. Cuestión distinta es que la consecuencia jurídico-penal de su infracción no pueda ser en caso de inimputabilidad la pena prevista para el tipo de injusto; en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", cit., p. 43; lo analiza también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Ob. cit., loc. cit*.

[435] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 80. No creo que la crítica sea definitiva, pues es indudable que pueden existir distintos grados de motivabilidad; y que si bien ésta puede no existir en absoluto en determinados casos extremos, sí que concurre, aunque sea una "motivabilidad anormal" en muchos otros. Por otra parte, al criticar el hecho de utilizar una afirmación especulativa, se debe asumir que la afirmación de la existencia del libre albedrío es también una afirmación especulativa, del mismo modo que lo es el afirmar que toda norma penal contiene un bien jurídico, es decir, elementos axiológico-valorativos; incluso la existencia misma de una norma deducida del texto de la ley penal es también una afirmación especulativa, y sin embargo RODRÍGUEZ MOURULLO utiliza ese concepto en sus argumentaciones sin mayores problemas. Las construcciones dogmáticas jurídico-penales están plagadas de afirmaciones especulativas, negar su validez teórica nos conduce a negar la validez misma de la dogmática como ciencia.

[436] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", cit., p. 32.

mental profundo, cuyos comportamientos pueden ser antijurídicos y dar lugar a efectos jurídicos (responsabilidad civil de su propio patrimonio o medida de seguridad), pueden ser motivados por una norma jurídica.

Sin embargo, puede decirse, que en estos casos la norma que es obligación general para todos no llega a concretarse en deber específico por ausencia de una motivabilidad normal. No es que los inimputables sean inmotivables, sino que no son "normalmente motivables", el mensaje prescriptivo no les llega en condiciones de normalidad[437]. La tesis sería que determinados menores y determinados enfermos mentales, es decir, determinados inimputables sí son en cierta medida motivables por las normas de una sociedad en general[438], y por las normas jurídico-penales en especial. Por tanto, los imperativos contenidos en las normas, las prohibiciones se dirigirían también a los inculpables, y éstos al infringirlas, actuarían antijurídicamente, aun cuando se tenga en cuenta la situación de anormalidad motivacional en que lo han hecho y se prescinda de imponerles la pena por falta de culpabilidad[439]. Pero se mantiene una posibilidad de motivación *ex ante*, y por ello, *ex ante*, se sigue manteniendo la prohibición de las conductas. Una postura coherente sería mantener que, si no cabe descartar por completo una posible incidencia motivadora, por remota o anormal que ésta sea, sobre tales sujetos, entonces debe afirmarse la motivabilidad[440] (aunque anormal), de sujetos menores o enfermos mentales: por eso se estima que éstos realizan hechos antijurídicos[441].

---

[437] Vid., MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 96 y ss.; ID, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 56; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 213 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 347-348.

[438] Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, cit., p. 114.

[439] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit., loc. cit.*, desarrollando la idea, sobre todo basándose en las opiniones de MIR PUIG.

[440] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, p. 349.

[441] En tal sentido observa OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 115, que negar la capacidad de motivación de los inimputables, a la postre supone tanto, por ejemplo, como negarles toda posibilidad de educación o, mejor, la

Pienso que si el destinatario de la norma aparece en abstracto como susceptible de ser motivado, aunque no de manera perfecta por la prohibición o el mandato, ya entonces aparece como posible obligado y como posible titular de deberes jurídico-penales. Pero ello no implica todavía que ese obligado individual sea verdaderamente adecuado para una motivación completa y perfecta, es decir, que sea un destinatario idóneo del fin motivador de la norma y del deber. Y esto, porque el análisis de la capacidad óptima para cumplir con el mandato o la prohibición contenidos en la norma, de la capacidad total de motivarse y de dirigir su acción y su voluntad a las expectativas de conducta contenidas en la norma, *son extremos que se analizarán en la culpabilidad*. El contenido esencial de la antijuridicidad es una *conducta*, pero será un juicio en el que coexisten elementos objetivos y elemento subjetivos. El Derecho penal sólo puede regular la coexistencia en una sociedad, mediante la protección de bienes jurídicos y/o mediante el mantenimiento estable de expectativas, estableciendo directrices de conducta bajo la amenaza de la pena.

Si el Derecho penal sólo puede cumplir su función, como afirma SILVA SÁNCHEZ, dirigiendo reglas de conducta (pues esto son las normas) a los destinatarios, parece claro que el elemento central de la antijuridicidad como antinormatividad será la conducta del sujeto; [...] la antijuridicidad es un juicio que se realiza *ex ante*, y que tiene por objeto una conducta humana voluntaria[442].

---

posibilidad de toda educación conforme a las normas sociales; educación en buena medida consistente en un proceso de motivación, con el que se intenta inclinar a los individuos (también a los inimputables) a que no observen comportamientos lesivos de los bienes o intereses socialmente estimados. Por esto concluye el autor, que de igual manera que los inimputables son receptivos, en términos generales a las normas sociales, *lo son a las jurídicas y, dentro de ellas, a las jurídico-penales*. En el mismo sentido: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 320; SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit.,* p. 347; ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal*, cit., pp. 134-137.

[442] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 385; y pp. 383 y ss; SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", cit., pp. 559, ha ido ampliando el contenido de su teoría de las normas, y actualmente mantiene una posición intermedia o conciliadora en la que la norma primaria imperativa tiene además una función estabilizadora de expectativas; el autor une así, en cierto modo, planteamientos de una dogmática ontologista, con planteamientos de una dogmática normativista, obteniendo resultados muy interesantes. Vid, además el apartado 2.2.2.4. del punto 2 del Cap. III de la "Primera parte" de este trabajo.

Pero la conducta no puede equiparase a una mera intención; para la antijuridicidad no basta con una actitud puramente subjetiva, sino que la voluntad debe objetivarse en una conducta peligrosa y adecuada ex ante para la producción de un resultado lesivo. Es esa conducta poseedora de un riesgo objetivo y adecuado ex ante para la afectación de un bien jurídico la que constituye el centro del injusto, y no una mera actitud interna y puramente subjetiva de rebeldía o desobediencia. Y es evidente, que también, por regla general, los inimputables pueden realizar este tipo de conductas prohibidas para todos por la norma penal; que se les pueda reprochar o no, o que sean merecedoras de pena o no, es un problema de sancionabilidad, de reprochabilidad o de merecimiento de pena.

3. En un sentido ampliamente coincidente, GIMBERNAT ORDEIG, desde la teoría de la motivación de las normas, llega a similares conclusiones. Para GIMBERNAT, el tipo tiene una función motivadora[443], y la problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador pretende evitar[444]. Amenazando con un mal, la ley confía en que, en el mayor número de casos posibles, se omita la realización de la conducta

[443] Vid., también, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 47, quien estima que (siguiendo a JAKOBS) la norma penal tiene una doble función: protectora y motivadora. *Protección* y *motivación*, o mejor dicho, protección a través de la motivación son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. Como colige ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 135, en nota 147, en esto se presupone siempre que existe una *posibilidad de motivación* por parte del destinatario. Para el efecto de regulación de la norma es totalmente indiferente, sin embargo, si lo que motiva a la conducta determinada, en su contenido, es la comprensión del valor, el temor a la pena, etc. [...] Todo ordenamiento de la conducta entre hombres - *aun cuando sean hombres incapaces de imputabilidad, mientras sean capaces de acción* - está referido a comunicar de modo comprensible, en su contenido, la conducta exigida. (Las cursivas son mías).

[444] Vid., GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema del Derecho penal en la actualidad", cit., p. 142, apuntando que con ello la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social, y que también utiliza, por ejemplo, el educador: Amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende evitar, a fin de que, por miedo al castigo que seguiría a su acción [...], el educando se abstenga de cometerlas.

prohibida. Mediante este mecanismo[445], estima GIMBERNAT[446], el Derecho penal consigue su propósito de encauzamiento de conductas[447]; encauzamiento al que suelen contribuir, junto a la motivación que crea y mantiene el Derecho penal, las que proceden de otras fuentes motivadoras como pueden ser las éticas y las religiosas. A partir de estos postulados, GIMBERNAT, extrae una serie de consecuencias, que guardan, según entiendo un estrecho paralelismo con las consideraciones de KAUFMANN[448]; baste aquí recordar que KAUFMANN mantiene que la norma *quiere* evitar la realización de cierta especie de actos; pero que la norma sólo se concreta respecto de los *capaces de acción*, entendiendo por ello: La posibilidad de realizar una acción totalmente específica en determinadas circunstancias y en determinado momento. La capacidad de acción es para KAUFMANN un concepto existencial, y el juicio sobre esta capacidad sólo es verificable mediante un juicio existencial. Resumiendo: la norma es norma general, que *quiere* prohibir u ordenar determinadas conductas a todos los ciudadanos, pero las prohibiciones o mandatos contenidas en las normas sólo se van a *poder* concretar en deber respecto de los capaces de acción. GIMBERNAT también utiliza estos conceptos de "querer" y de "poder"; y distingue, como KAUFMANN, entre aquello que la norma "quiere", y aquello que la norma "puede", postura ésta que comparto sistemáticamente.

Así, para determinar qué es lo que hay que castigar, el Derecho se enfrenta con dos problemas materiales completamente distintos. En primer lugar[449], tiene

[445] Sobre la motivación adecuada como prerrequisito funcional de todo sistema social, vid. PARSONS, *El sistema social*, Jiménez Blanco/Cazorla Pérez (Trads.), Madrid, 1966, pp. 45 y ss.

[446] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit*., p. 143; lo sigue expresamente MUÑOZ CONDE, *Ob. cit*., p. 52.

[447] Vid., sobre las distintas acepciones del concepto de *motivación*, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit., pp. 50-51.

[448] Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 135-208; en especial pp. 161 y ss., pp 184 y ss; vid. también, pp. 213 y ss.

[449] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad", en su libro *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 162. Sigue expresamente a GIMBERNAT en su razonamiento: LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal",

que decidir qué es lo que quiere prohibir *frente a todos* (sector de la antijuridicidad). Estamos aquí frente a una cuestión que afecta al *querer*. Pero el mecanismo inhibitorio del Derecho penal tiene también sus límites (sector de la culpabilidad). Estamos aquí ante una cuestión que afecta al *poder*[450]: existen *ciertas personas*, en referencia a las cuáles sociológicamente se admite, sin más, que son inaccesibles a la motivación de la pena[451]; bien por su inimputabilidad permanente o transitoria; bien porque - al desconocer la prohibición - no han tenido tampoco ocasión de dejarse influir por ella[452]. Todo lo que el Derecho puede hacer en estos casos, sostiene GIMBERNAT[453], es, bien - en base a consideraciones de prevención especial - responder a esas acciones inculpables con medidas de seguridad (ése es el procedimiento que se sigue con los inimputables), bien prescindir en absoluto (ése es el procedimiento que se sigue con los hechos cometidos en error subjetivamente invencible de prohibición) de cualquier tipo de consecuencia jurídico-penal que sería ineficaz.

Finalmente GIMBERNAT concluye, y éste es el baricentro de la cuestión de la antijuridicidad aquí planteado, que no obstante, estos comportamientos que quedan excluidos[454] en el sector de la "culpabilidad" siguen estando prohibidos[455]

---

cit., p. 43. Se pronuncia críticamente frente a la tesis de GIMBERNAT: BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en pp. 32-35.

[450] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 140, en franca simetría con el planteamiento de GIMBERNAT, estima que el efecto de la norma está condicionado por la posibilidad del cumplimiento de la norma: "Tú debes si puedes", y "No debes si no puedes"; pero esto afectaría ya al ámbito de la norma en deber. En nuestro Derecho, la regla IV del tít. XXXIII, 7ª Partida, establecía que "El ome que es fuera de su seso, non faze ningun fecho endereçadamente: e porende non se puede obligar, porque non sabe, nin entiende pro, nin daño".

[451] Aquí entiendo que no sólo considera GIMBERNAT que son inaccesibles a la motivación de la pena, sino también a la motivación de la norma.

[452] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad", cit., pp. 162-163, considerando que el Derecho penal no puede combatir esos comportamientos inculpables porque la pena es - principalmente por razones de motivabilidad - ineficaz para hacerlo; ID, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, cit., pp. 125-126.

[453] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad", cit., p. 163; en el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal*, cit., pp. 132-133.

[454] De forma individual y concreta.

(de manera general); a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción[456].

También podría resumirse el argumento con palabras de MIR PUIG:

> En el *injusto* se seleccionan aquellos comportamientos humanos que el Derecho penal *desea* evitar, y a cuya evitación *es posible motivar de algún modo*. Todos estos hechos deben considerarse prohibidos en un Derecho penal preventivo. La *culpabilidad* es el ámbito en el que se comprueban las *posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico* por parte de la norma penal[457].

4. De lo visto hasta aquí, se infiere que puede mantenerse la antijuridicidad de la conducta en general de los inimputables; sin embargo, pienso, que en el caso de grados de inimputabilidad extrema, con una ausencia total de cualquier tipo de posibilidad de comprensión y motivación en relación a cualquier tipo de norma social, puede llegar a mantenerse que la realización de una conducta típica no sea antijurídica penalmente; o inclusive mantener que se trata de supuestos de falta de acción, de ausencia de "capacidad de acción".

Coherentes hasta sus extremos, con la teoría imperativa de la norma por ambos defendida, son MIR PUIG[458] y SILVA SÁNCHEZ[459] al admitir que caben respecto de los destinatarios de la norma (de motivabilidad "no standard") dos

---

[455] En el ámbito de la antijuridicidad obviamente.

[456] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad", cit., p. 163.

[457] Vid., MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 107; y sobre la motivación y la prevención, vid., pp. 49 y ss. Para MIR PUIG, en el Derecho de un Estado moderno como es el social, que impone la función de *configuración* de la vida social, debe perseguirse la *regulación* de conductas, la cual sólo es posible mediante la motivación propia de la norma respecto de comportamientos humanos voluntarios (finales), p. 51.

[458] Vid., por ejemplo MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 240 y ss; ID., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 96 y ss; ID., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 544-549.

[459] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación la Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 348 y ss.

Con formato

posibilidades[460]: la primera consiste en que no quepa descartar por completo una incidencia motivatoria, por remota o anormal que ésta sea sobre los sujetos inimputables; en este caso debe afirmarse la antijuridicidad de su conducta[461]. Así, por regla general, debe afirmarse la motivabilidad (aunque anormal) de sujetos menores o enfermos mentales: por eso se estima que realizan hechos antijurídicos[462]. Cuando no falta toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo la posibilidad de una acceso *normal* a la misma, tiene sentido dirigirle el mensaje normativo al sujeto[463], que podrá infringir la norma de determinación (y con ello actuar antijurídicamente), pero no será legítimo considerarle *penalmente responsable*.

La segunda, consiste en asumir que la concurrencia de enajenación no siempre incide sólo en la *culpabilidad* del autor[464]. Es evidente, como afirma MIR PUIG, que la enfermedad mental no sólo puede excluir la imputabilidad, sino también el propio comportamiento humano, sin el cual no puede existir

---

[460] En un sentido similar, GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: Un problema de antijuridicidad", cit., p. 163; y CONDE PUMPIDO, "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, p. 83.

[461] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación la Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 349, adoptando las tesis de MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho,* cit., pp. 96-100; en la misma línea ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal*, cit., pp. 134-135.

[462] Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit., loc. cit*; MIR PUIG, *Ob. cit*., pp. 102 y ss.

[463] Como advierte MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 545, al inimputable no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, en cuanto aquél actúa conscientemente, ésta puede incidir en su proceso de motivación.

[464] CONDE PUMPIDO, "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", cit., p. 83, realiza también una distinción similar a la que en este trabajo se mantiene, al admitir, en general, la responsabilidad civil de los inimputables (lo que aquí equivale a asumir la antijuridicidad penal de su conducta); pero al hablar de responsabilidad de menores e incapaces el autor indica que no puede dejar de observarse que, para que se dé esa responsabilidad es preciso que se dé *acción* u *omisión*, esto es, un *acto* del hombre. Y este concepto del acto exige la intervención de un querer del agente, esto es, de una capacidad volitiva que puede faltar en la actuación de ciertos incapaces (infantes, compulsivos). La ausencia de ese elemento volitivo que caracteriza el obrar humano convierte el actuar de esos incapaces en una no-acción, en un hecho equiparable a los hechos de la naturaleza, faltando así un elemento de la norma (del artículo 1902 del Código civil), que impediría subsumir los daños causados en su precepto.

injusto, o el dolo natural, sin el que no puede afirmarse el injusto propio del delito doloso[465]. Esta es una consecuencia de mantener una concepción de la antinormatividad como infracción objetiva y subjetiva de la norma, y ello va a implicar que en los casos en que la enfermedad mental da lugar a un error personalmente invencible deberá estimarse la falta de una completa antijuridicidad[466].

Esta conclusión se desprende de la propia función que se le supone a la norma jurídico-penal, que no es otra que la de "motivar" o "pretender obtener mediante información/motivación/amenaza" determinados comportamientos, acciones u omisiones de los sujetos a los que se dirige.

Una norma motivadora dirigida al sujeto no puede tratar de prohibirle que actúe cuando se encuentra en un error personalmente invencible[467]. La imposibilidad absoluta de motivación normativa impide la propia infracción de una norma personalmente dirigida al sujeto: no tiene sentido tratar de evitar mediante la prohibición de una norma cuya función es la motivación de una persona (como medio de prevención respetuoso del individuo) lo que dicha persona no puede evitar de ningún modo[468]. Resumiendo: si cabe descartar *a priori* toda posibilidad de incidencia motivatoria sobre determinados sujetos; de ser así, de constatarse *ex ante* su total inaccesibilidad al imperativo, la única conclusión coherente es afirmar que no realizan una conducta antijurídica[469].

---

[465] Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 243.

[466] Sin embargo MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., p. 87, ha cambiado radicalmente su postura, y actualmente, afirma (como consecuencia de la inclusión del resultado en el injusto del hecho) que *el inimputable profundo y el que actúa en error de prohibición invencible también pueden actuar antijurídicamente.*

[467] Vid., MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 243; ID., *Derecho penal. Parte general*, p. 545.

[468] Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 545; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación la Derecho penal contemporáneo*, p. 349.

[469] Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit., loc. cit*., quien expone que en casos así, la inaccesibilidad normativa no redunda en una mera exclusión de la culpabilidad, sino que excluye la propia antijuridicidad de la conducta del sujeto, al estar excluida toda posibilidad de motivación a través de la normas. Con esta explicación, y adhiriéndome a las conclusiones de

1.4.4.4. Posición personal

1. A lo largo de las páginas anteriores he ido tomando postura - respecto de la teoría imperativa - frente a los posibles destinatarios de las normas; las reflexiones que siguen, buscan tan sólo desarrollar puntualmente el tema referido a los "inimputables profundos" y su relación con las normas primarias jurídico-penales. De todo lo expuesto puede diferenciarse entre una inimputabilidad profunda/error personalmente invencible que transforma a quien se encuentra en esa situación en sujeto absolutamente inidóneo como destinatario de las normas de conducta o normas primarias. Y una inimputabilidad relativa/error personalmente vencible, situación en la cual, todavía el sujeto puede ser motivado medianamente por las normas. En el primer supuesto, al no adecuar su conducta al mandato de la norma, el sujeto no actúa antijurídicamente y por ello no responde penalmente[470]. En el segundo caso, estimo que puede mantenerse la antijuridicidad de la conducta.

El problema que algunos autores se plantean es el siguiente: ¿No responde entonces un inimputable profundo/error personalmente invencible (tampoco civilmente) por los daños que ha causado, y que no son penalmente antijurídicos?

Aquí de nuevo caben varias posibilidades; por ejemplo mantener, desde el Derecho civil, un criterio subjetivo y culpabilista, coherente también con la función de motivación de las normas; esto lleva a algún autor a considerar que

---

SILVA SÁNCHEZ, creo posible, como afirma el citado autor (pp. 349-350), dar satisfacción a la demanda de BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", cit., p. 34, cuando éste señala que "en realidad, la teoría de la motivación, para ser consecuente, tendría que reconocer que quien es inaccesible a la incisión psicológica, a la motivación, no puede obrar de forma contraria a la norma". Pues bien, esto es exactamente lo que cabe concluir.

[470] Esta solución no es nueva, puesto que tradicionalmente el demente no respondía, ni penal ni civilmente de sus actos ilícitos; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992, p.263, expone cómo en el Derecho romano se equiparaba la actuación del loco a la de un animal o a un caso fortuito, de manera que era irresponsable de los daños que causara (Ulp. ad Edictum D., 9, 2, 5,); sigue este mismo criterio, la Ley IX, tít. I, 7ª Partida, una regla de carácter fundamentalmente penal que disponía: "Si fuese menor de diez años e medio, estonce non le pueden acusar de ningun yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos, que seria del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que lo non pueden acusar de cosa que fiziese mentra le durare la locura. Pero non sin culpa los parientes dellos, quando no les fazen guardar, de guisa que non puedan fazer mal a otri".

siendo el principio fundamental del Derecho civil la responsabilidad por culpa, el que carece de discernimiento no responde del daño que haya podido causar[471]. De lo contrario, se debe apelar a la responsabilidad objetiva, en la que no se trataría de determinar la capacidad de discernimiento, ni la capacidad volitiva del destinatario de la norma de conducta, sino de que, entre el patrimonio del inimputable causante (desde un punto de vista causal-naturalista) de un daño (no causado de forma antijurídica penalmente) a un bien jurídico, y el patrimonio de la víctima, hay que decidir sobre cuál de ellos ha de recaer la disminución patrimonial[472]. Lo que sucede es que buena parte de la doctrina, considerándolo un caso más de responsabilidad objetiva[473], prefiere, entre el autor mecánico del daño y el dañado, hacer que el primero soporte las consecuencias[474].

2. Estimo coherente, desde una visión de la norma penal primaria como norma de conducta, no considerar antijurídicas las conductas llevadas a cabo por aquellos sujetos que se muestran *ex ante*, como destinatarios absolutamente inidóneos a la motivación[475] normativa.

---

[471] Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil,* vol. II, 2º., 8ª ed., Barcelona, 1989, pp. 531-532; parece decantarse también por esta solución, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, cit., pp. 276 y ss.

[472] Como indica GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Ob. cit.*, p. 277, la responsabilidad civil no puede depender de las meras leyes de la causalidad física.

[473] Atinadas son las críticas de BRICOLA "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, texto recopilado en BRICOLA, *Scritti di Diritto penale*, Canestrari/Melchionda (Dirs.), vol. I, Tomo I, p. 709, al advertir que el carácter "no personal" del ilícito civil facilita, o cuanto menos, no impide, reconstrucciones dogmáticas de la culpa en clave predominantemente objetiva; sin embargo, es indudable que tendencias análogas no encuentran ninguna razón de ser en sede penal.

[474] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Ob. cit.*, p. 278, considera que esta postura no es coherente con el resto del sistema, sino claramente discriminatoria para el falto de discernimiento. Puesto que en nuestro Derecho (civil), el principio fundamental es la responsabilidad por culpa o negligencia, de manera que, no existiendo, no hay responsabilidad (artículo 1902 Cc).

[475] El portador del mensaje es la norma a través del lenguaje; pero el lenguaje debe ser comprensible, debe ser un código de comunicación descifrable por el destinatario. Como ha expuesto, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 132, el lenguaje, por concreto que sea, presupone un horizonte de experiencias y de comprensión común a aquel al que se dirige. Si falta esto, fracasa la comunicabilidad de lo

Si las prescripciones penales contenidas en las normas son prohibiciones y mandatos, no creo que quepa racionalmente considerar como antijurídica la conducta de un inimputable no motivable, como por ejemplo un oligofrénico profundo, a quien el ordenamiento pretende dirigir un mandato de actuar - por ejemplo en el delito de omisión del deber de socorro -, si no cumple con el mandato de actuar establecido en la norma. No actúa antijurídicamente porque no infringe deber alguno. El deber general dirigido a todos los sujetos racionales de socorrer a las personas accidentadas, no puede concretarse en un inimputable no-motivable. Salvo que se llegara al absurdo de imputarle su omisión no voluntaria de situarse en condiciones normales de motivabilidad[476].

3. Expresado a modo de ejemplo: Un oligofrénico profundo camina por una carretera, y observa cómo se produce un accidente de tráfico en el que resultan gravemente heridas cuatro personas; como el oligofrénico padece una alteración psíquica profunda no puede discernir si lo que contempla es un accidente real, una creación artificial de su mente, o la escena de una película. El sujeto en cuestión lanza una breve mirada y sigue caminando como si nada hubiese sucedido.

Éste inimputable profundo, no motivable en ningún caso por la norma de conducta, no ha cometido un ilícito penal. No ha actuado antijurídicamente al no prestar ayuda, ni al no demandar con urgencia auxilio ajeno[477]; su conducta no integra la antijuridicidad del delito de omisión de socorro por la sencilla razón de que no conocía, ni estaba en condiciones de conocer que tenía un deber jurídico-

---

referido, es decir, la norma no puede motivar más, a su destinatario, a una conducta sustancialmente determinada; el destinatario, a pesar de su conciencia jurídica y de la "toma de conocimiento" de la norma (incomprensible), no podrá seguirla.

[476] Lo cual equivaldría a reprocharle el ser como es. O como se preguntaría JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (Trads.), Madrid, 1997, p. 105: ¿Cuál es el grado mínimo de acción que debe concurrir a la hora de imputar al individuo su organización, su comportamiento, y no su mera existencia?

[477] Cfr. Artículo 195 del Código penal, en el que se regula la omisión del deber de socorro.

penal de actuar[478], y por tanto no podía comportarse (motivarse) ni a favor ni en contra de la conducta activa exigida (y esperada) por la norma.

Quien mantenga lo contrario, estimará la conducta omisiva del oligofrénico antijurídica (aunque sea posteriormente declarado no culpable), y por ello se verá obligado a admitir que de ella se desprende la responsabilidad civil[479], que podrían exigir (en caso de que existieran daños y perjuicios efectivamente indemnizables o reparables[480]) las víctimas del accidente. Solución desorbitada a mi entender.

En los delitos de omisión propios es donde mejor se aprecia que, respecto de determinados destinatarios de la norma de determinación de conductas no idóneos para recibir su contenido de información/motivación/amenaza, se rompe el vínculo entre el imperativo, la motivación y sus destinatarios; puesto que no son capaces de entender el mensaje, la norma no despliega su función primordial: la motivación del destinatario[481], la influencia en la toma de decisión.

Las normas se dirigen a todos por igual, tanto a imputables como a inimputables, pero tan sólo alcanzan con su mensaje a determinados sujetos. El Derecho penal *quiere* prohibir/mandar determinadas conductas a toda clase de inimputables; sólo que en determinados casos no *puede* obtener su finalidad. En

---

[478] Ninguna norma puede prohibir la producción de resultados, sino exclusivamente acciones finales, dirigidas a la producción del resultado. Para que la norma pueda tener efecto, es decir, para que pueda obligar a uno de sus destinatarios a una conducta determinada, requiere - como lo ha comprobado Armin Kaufmann - la concreción en deber. No cualquiera está obligado a omitir la acción descrita en la norma en una concreta situación de decisión, sino sólo aquél que es capaz de realizar la acción y que está frente a la decisión, vid. ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., pp. 156-157.

[479] Cfr. Artículos 118, 119 y 120 del Código penal.

[480] De modo general, sobre la cuestión de si es posible *de lege lata* sostener fundadamente la exigencia de responsabilidad civil conectada con la omisión de socorro en las hipótesis en que las que ésta no ha estado precedida de la previa causación de la situación de desamparo por parte del omitente, vid., GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código penal)*, Valencia, 2003, pp. 134 y ss.

[481] Como razona ZIELINSKI, *Ob. cit*., p. 129, decisivo es, únicamente, que la orden de la norma sea expresada de tal modo que el destinatario de la norma pueda entenderla; él tiene que poder reconocer, *qué* debe hacer u omitir, no *por qué* debe hacerlo u omitirlo. La comprensión de las causas, *por qué* debe hacer algo (o no), es únicamente determinante para su motivación (y su apreciación) para seguir el mandato o la prohibición sustancialmente entendidos, o no seguirlos.

determinados casos existirá un problema de disfuncionalidad[482] entre el objeto o instrumento (la norma), su propio mecanismo (la motivación), y su objeto final (un inimputable profundo) sobre el que debe desplegar su función. Y esto hay que asumirlo; un inimputable profundo no puede organizar su vida en sociedad de acuerdo con normas de conducta que no conoce, no comprende, y de las cuáles ignora inclusive su propia existencia. Sus acciones u omisiones no tendrían un carácter o un significado normativo, su toma de posición proviene de una instancia que no es competente para interpretar las normas de convivencia.

No se le puede imputar responsabilidad por su ámbito de organización defectuosa, porque ni siquiera sabe, ni siquiera es consciente, de que tiene un ámbito de organización propio; y todavía más complicado sería imputarle delitos consistentes en la infracción de deber. No defrauda una expectativa de conducta garantizada, porque respecto de aquellos sujetos en los que *ex ante* falta el elemento volitivo y el intelectivo que caracteriza a las conductas humanas socialmente adecuadas y socialmente esperadas, no puede existir ninguna expectativa estable, puesto que son prácticamente equiparables a los acaecimientos naturales[483]. A lo sumo pueden verse defraudadas expectativas de

---

[482] Quizás por eso JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 43 y ss., haya afirmado, con razón a mi entender, que el tratamiento del injusto no culpable no es una tarea genuinamente penal. Por ello, el Derecho penal no puede fijar de forma concluyente en qué consiste (p. 43). […] Si no existe culpabilidad, se trata sólo aparentemente de comunicación, o sea de una conducta con sentido. En realidad, se trataría de simple naturaleza, es decir, de las consecuencias de una enfermedad, de un error inevitable, de una necesidad absoluta o de perturbación, miedo, pánico, etc. En todo caso de las consecuencias del desvalor de resultado humano como ser natural, como ser emocional y no como participante idóneo en la comunicación que dice cosas con sentido (p. 44). […] En el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez (p. 45). Para JAKOBS, una vez afirmada la existencia del injusto, toda ausencia de culpabilidad, bien por falta de capacidad de culpabilidad, bien por ausencia inevitable de comprensión del injusto o por falta de exigibilidad, transforma el sentido comunicativamente relevante en algo sólo individual, casual, y, en este sentido, *en algo perteneciente al mundo de lo natural (en un mundo exterior a la comunicación)* (pp. 45-46). En el mismo sentido, vid., también, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/5.

[483] Contra el ataque de un epiléptico en fase de "gran crisis", o contra el de un esquizofrénico que ha perdido totalmente el concepto de realidad y cree vivir en un planeta extraño, no cabe legítima defensa sino estado de necesidad. Quien se defiende de dichos ataques lo hace, desde mi punto de vista, amparado por un estado de necesidad; pero no mediante legítima defensa, puesto que la agresión previa no sería antijurídica.

conducta en relación con aquellas (si las hay) personas legalmente responsables - como padres o tutores - de vigilar y controlar el ámbito de organización de los inimputables a su cargo.

4. Un Estado social y democrático de derecho está obligado a asumir la existencia de determinadas disfunciones personales en su sistema. Debe asumirse que en la sociedad conviven, junto a sujetos que pueden ser destinatarios de las normas de conducta, otros que no pueden serlo. Es una contradicción con la que hay que vivir[484]. Eso sí, recordar que la mayoría de los inimputables son, aunque de forma "anormal", motivables por las normas, con lo cual sólo una minoría excepcional de sujetos se podría considerar como destinatario no idóneo de las normas penales.

En realidad la cuestión que aquí se suscita es la de la necesidad de una "motivación adecuada", necesaria para los mecanismos de socialización y para el mantenimiento del propio sistema. Si el Derecho penal es un sistema normativo - y en eso parece que hay consenso - y si las normas primarias jurídico-penales son funcionalmente normas de conducta, entonces necesita, para poder ser eficaz, el prerrequisito de la *motivación adecuada* como uno de los puntos de partida primarios para elaborar los conceptos de "rol" e "institucionalización". Talcott PARSONS plantea la siguiente pregunta:

> ¿Las personalidades desarrolladas dentro de un sistema social, en cualquier estadio de su ciclo vital, actuarán "espontáneamente" de tal manera que cumplan los prerrequisitos funcionales de los sistemas sociales de que son partes, o es necesario buscar mecanismos relativamente específicos, es decir, modos de organización de los sistemas motivacionales de las personalidades, que puedan ser entendidos en relación directa con el nivel de conducta de rol socialmente estructurados?[485]

---

[484] Afirma HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, Vermal (Trad.), 2ª. Ed., Madrid, 1999, § 258 (agregado), que el Estado no es un producto artificial sino que se halla en el mundo, y está por lo tanto en la esfera del arbitrio, la contingencia, y el error, por lo cual un mal comportamiento puede desfigurarlo en muchos aspectos. Pero incluso el hombre menos perfecto, el delincuente, o un enfermo y deforme, no por eso deja de ser un hombre viviente; lo afirmativo, la vida, existe a pesar de las carencias.

[485] Cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 50.

En este trabajo se opta, desde un punto de vista sociológico, por la segunda alternativa. Para cumplir con la expectativa de rol, en Derecho penal hay que tener en cuenta que las expectativas son las relativas al cumplimiento de determinadas obligaciones jurídico-penales de los roles; y aquí es donde surge la necesidad de la motivación adecuada.

Para poder explicar el prerrequisito de la motivación adecuada PARSONS parte de la significación básica para el sistema social, de dos propiedades fundamentales de la "naturaleza humana" biológica[486]. La primera es la discutida "plasticidad" del organismo humano, su capacidad de aprender una cualquiera de las muchas pautas alternativas de conducta, en vez de encontrarse ligado por su constitución genética a un orden muy limitado de alternativas[487]. La segunda característica de la naturaleza humana, en el sentido biológico, es la que puede ser llamada "sensitividad"[488]. Este término significa la accesibilidad del individuo humano a la influencia de las actitudes de otros en el proceso de interacción social y la dependencia resultante de recibir reacciones relativamente particulares y específicas. Ello proporciona la base motivacional para la accesibilidad a la influencia en el proceso de aprendizaje.

Aquél sujeto que carezca de estas dos propiedades, estimo que puede causar (desde un punto de vista causal-naturalista-mecanicista) daños, como los puede causar un meteorito o un oso polar, pero no puede (por imposibilidad biológica) llevar a cabo conductas antijurídicas; si entendemos que en la antijuridicidad existe una parte fundamental de antinormatividad.

Sin estas dos cualidades, el sujeto no podrá motivarse a la aceptación de pautas de valor, ni tampoco será posible una integración disciplinada *mediante normas* de la personalidad. Y sin esta disciplina no sería posible la estabilidad de

---

[486] Cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., pp. 50-51.

[487] Vid. PARSONS, *Ob. cit*., p. 50, observando que dentro de los límites de esta plasticidad hay que buscar, desde luego, la significación determinante independiente de los factores sociales y culturales (p. 51).

[488] Cfr. PARSONS, *Ob. cit*., p. 51.

las expectativas en relación con su cumplimiento[489], *que es esencial para que un sistema social funcione*.

El ordenamiento jurídico tiene una función de valoración, de prevención de regulación, y también de estabilización normativa de expectativas. Las prohibiciones y mandatos de las normas penales sólo tienen sentido si con ellos se pretende motivar[490] a los sujetos sociales a omitir aquellas conductas lesivas para los valores, y a realizar aquellas otras que contribuyen a la creación, mantenimiento o promoción de bienes jurídicos. Una prohibición (aparte de fijar una expectativa) tiene el sentido de motivar a evitar determinados hechos, la motivabilidad no es un concepto exclusivo de la culpabilidad, sino que ya interviene en la antijuridicidad[491]. Con claridad ha señalado MIR PUIG que, si la prohibición persigue evitar un hecho mediante la motivación, no tendría sentido prohibir un hecho que no pueda intentarse evitar mediante la motivación[492]. La exigencia fundamental de un comportamiento voluntario (final), y la consideración de esa voluntariedad como límite de lo injusto, se fundamentan con base en la imposibilidad de motivar a la evitación de una conducta no voluntaria en cuanto tal[493]. La cuestión de los destinatarios de las normas jurídico-penales plantea una complejidad, en relación con la teoría de las normas,

[489] Cfr. PARSONS, *Ob. cit*., *loc. cit.*

[490] Vid. por ejemplo ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 134.

[491] Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 103.

[492] Cfr. MIR PUIG, *Ob. cit., loc. cit.*; MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., pp. 86-87, estimando, desde la teoría de la comunicación, que la norma imperativa es un mensaje comunicativo con todos sus elementos característicos: emitente, contenido y medio receptor. Sin la recepción no se produce la comunicación. Pues bien, no tiene sentido suponer que las normas penales primarias se dirijan a motivar a aquellos seres que no pueden tomar conocimiento de ellas. [...] Lo único razonable es entender que los imperativos normativos requieren destinatarios capaces de recibirlos.

[493] Totalmente de acuerdo con MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, cit., p. 104, cuando afirma que es inútil decirle prohibido matar a quién no sabe que "mata", como también carecería de toda posible eficacia decirle "prohibido lesionar bienes jurídicos" a quien no sabe que lesiona un bien jurídicamente tutelado. Y creo que donde mejor se advierte esta disfuncionalidad es en los delitos de omisión propia.

que deriva de determinar premisas sociales o sociológicas previas; buena muestra de ello es que un autor que ha tratado el tema en profundidad como MIR PUIG, ha reconsiderado últimamente todos sus planteamientos anteriores. Pero su nueva visión responde más bien a planteamientos de política criminal, y a planteamientos políticos, y no tanto a deducciones dogmáticas[494].

5. Cuando un oligofrénico profundo hace caso omiso del acaecimiento de un accidente que se produce frente a él, y en vez de prestar socorro sigue su camino, no defrauda ninguna expectativa[495] pues, desde un punto de vista social y comunicativo, respecto a él, las víctimas accidentadas no pueden tener una expectativa coherente[496], no pueden "esperar" de él que organice su mundo de forma tal que pueda ayudarlos. En la vida social que el Derecho penal pretende controlar, existen múltiples ámbitos de competencia, y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia[497]. Pues bien, la prestación de socorro por parte de un oligofrénico

---

[494] Vid., ampliamente, MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., pp. 86 y ss. Habrá que suponer que al modificar totalmente su concepto de norma penal, MIR PUIG se replantea una multitud de sus propios planteamientos dogmáticos anteriores sobre la teoría del delito, y en concreto toda su visión de la antijuridicidad. Críticas al anterior posicionamiento de MIR PUIG, respecto de su concepción de la antijuridicidad, pueden verse en COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., p. 300, y nota 29.

[495] Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales, vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (Trad.), Madrid, 1996, p. 99.

[496] Evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano *sin capacidad de culpabilidad* no mate, lesione, dañe, etc. Pero esa expectativa es propia del derecho civil, o, más bien, del derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna. De lo dicho se deduce que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el del ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho, cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 46.

[497] Vid., REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", cit., p. 949, quien manifiesta que recurriendo a una ilustrativa frase de JAKOBS, puede decirse que en el mundo social *no todo incumbe a todos (o no todo es cosa de todos)*, puesto que cada persona está obligada a comportarse de acuerdo con lo que la sociedad le exige.

profundo ignorante de la realidad a las posibles víctimas de un accidente no corresponde a su ámbito de competencia.

Por otro lado, el sujeto no comunica, con su omisión de socorro, a la sociedad que la norma no sigue vigente. Ni comunica que entre la opción de ayudar, y la opción de no ayudar, ha preferido la segunda; el sujeto no es consciente de esas opciones, y por ello su acto no contiene un significado[498] antinormativo.

Para llegar a estas conclusiones he partido de una concepción de la sociedad como sistema social, que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones con sentido[499]. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos[500]. En palabras de JAKOBS:

"Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales (los únicos que aquí interesan: no se trata de contactos - naturales, no sociales - con salvajes *pre*morales o de otros marginados de la sociedad; tampoco se trata aquí el *origen* de la socialidad, sino de una condición de su existencia) sólo resulta posible la orientación si no hay que contar en cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo imprevisible"[501].

---

[498] Un sistema social no es posible sin lenguaje ni sin algunas pautas mínimas de cultura, *tales como el conocimiento empírico necesario para enfrentarse con las exigencias de una situación*, ni sin pautas suficientemente integradas de simbolismo expresivo y de orientación de valor, cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 52. Pues bien, sin estas características tampoco puede hablarse de contacto social, ni por tanto de conducta antinormativa ni antijurídica.

[499] Vid., por ejemplo: PARSONS, *El sistema social*, passim; LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*, López Petit/Dorothee Schmitz (Trads.), Barcelona, 1997, pp. 42 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/1 y ss.; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 24-25.

[500] Cfr. PARSONS, *Aktor, situation und normative Muster*, Welzel (trad.), Frankfurt, 1986, p. 140, cit. por LESCH, *Ob. cit.*, p. 24, nota 39.

[501] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/4.

Si el mero hecho de iniciar un contacto social es ya señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado, en el caso de la omisión del deber de socorro por parte del oligofrénico profundo, las víctimas accidentadas no pueden tener la expectativa de un desenlace determinado en su contacto con el inimputable, y por tanto, cuando éste siga de largo sin prestar ayuda, para los decepcionados (no sólo las víctimas, sino también la propia sociedad en general) no surgirá un conflicto frente al que deben reaccionar. Dicho con otras palabras: Hubiese sido "un milagro" que un inimputable profundo les prestara ayuda, y frente a la no producción de un milagro no se sigue el surgimiento de un conflicto por contradicción con mis expectativas. Y puede que ni siquiera la necesidad de una rectificación cognitiva.

La decepción de la expectativa crea un conflicto cuando no se corresponde lo que uno espera, con lo que sucede[502]. Si salgo a la calle tengo la expectativa de que no me maten; si entro en una panadería, pido pan y lo pago, tengo la expectativa de que se me entregue una barra de pan; si me someto a una intervención quirúrgica tengo la expectativa de que el cirujano no se embriague minutos antes de la operación. En estos casos, si se produce la situación contraria a mi expectativa, puede decirse que surgirá un conflicto[503] y que deberé someter mi modelo de orientación a revisión. Pero no en la omisión del inimputable profundo, pues yo no espero que siga el mandato de socorro contenido en la norma jurídico-penal.

No se debe afirmar que el Derecho nunca pueda, o nunca le esté permitido, ordenar a un oligofrénico profundo detenerse y prestar socorro a las

[502] Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir el juicio cognitivo, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/6.

[503] Como observa JAKOBS, *Ob. cit.*, 1/6, a una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (contrafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejemplo: Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta.

personas accidentadas, o prohibir a quien es sorprendido por un ataque espasmódico el dar golpes en torno a sí mismo, lo único que se afirma es que en una sociedad moderna estas situaciones se tratan como algo natural[504].

6. La conducta de determinados inimputables no es antijurídica sólo porque no son motivables por la norma (aunque también), sino porque además, con ella no están comunicando o documentando socialmente que su actuar u omitir, en el proceso interactivo, implique una negación del sistema[505]. Retomando el ejemplo, cuando un oligofrénico profundo no presta el socorro debido a las personas accidentadas, con su omisión no emite una información hacia las víctimas y hacia la sociedad en general, del siguiente tenor: "Cuando estés herido y accidentado no esperes que yo (ni nadie) te ayude". Las víctimas, seguirán esperando que cualquier sujeto *standard*, motivable por las normas les preste ayuda, ya que con la conducta del inimputable profundo no han visto defraudadas sus expectativas normativas. Podemos decir que el sistema sigue estable tras la omisión del inimputable profundo; no así, si quien hubiese omitido el deber de socorro fuese, digamos, un "hombre medio".

Desde un punto de vista del sistema social, es posible afirmar que el *status* de oligofrénico profundo, no le otorga el *rol* , en el contexto de significación funcional para el sistema, de "persona normal-salvadora" que en caso de accidente debe prestar socorro. Partimos de la base de que el *acto* es una unidad del sistema social, en la medida en que es parte de un proceso de interacción entre su autor y otros actores; partimos también de una unidad de orden más alto que el acto, a saber, el status-rol[506].

---

[504] Vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/5; CONDE PUMPIDO, "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", cit., p. 83.

[505] Desde el final del Derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante, cfr., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 19.

[506] Vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 43; y LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*, cit., p. 47, para quien, cada contacto social tiene que comprenderse como sistema hasta llegar a la sociedad misma como conjunto que toma en cuenta todos los

Si suponemos que un sistema social es un sistema de procesos de interacción entre actores, la estructura de las *relaciones* entre los actores, en cuanto que implicados en el proceso interactivo, es esencialmente la estructura del sistema social. El sistema es una trama de tales relaciones[507]. La participación en las relaciones interactivas tiene dos aspectos principales. Por una parte, existe el aspecto posicional, donde el actor se encuentra localizado, es lo que llamamos el *status*: como un lugar en el sistema de relaciones considerado como estructura, la cual es un sistema pautado de partes. De otro lado existe el aspecto procesual, que es lo que el actor hace en sus relaciones con otros, considerado en el contexto de su significación funcional para el sistema social[508]. Esto es lo que llamamos *rol*.

Por ello, en los contactos sociales, y en las acciones delictivas, los participantes se encuentran siempre en dos roles: como sujetos y como objetos de la interacción. Y así las cosas, la definición de la acción no puede estar simplemente referida al sujeto motivacionalmente (aunque también), sino siempre a la Sociedad (externamente). En otras palabras: acción es un tipo sociológico y no psicológico; ella se muestra no sólo como ejecución de su intención, sino también determinada como percepción, esto es, como documentación de su propia intención[509]. La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la

---

contactos posibles; REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", cit., p. 949, considera que es válido afirmar que como el individuo debe llenar las expectativas de comportamiento que permitan la armónica convivencia social, cada persona tiene *posición de garante* frente a esas expectativas, y cada vez que un individuo las *defraude* total o parcialmente habrá ingresado en el campo de acción del Derecho penal.

[507] Cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 44, observando que cada actor individual se encuentra implicado en una pluralidad de semejantes relaciones interactivas, cada cual con una o más "parejas" en el rol complementario. Por ello la *participación* de un actor en una relación interactiva de este tipo es, para muchos fines, la unidad más significativa del sistema social.

[508] Vid PARSONS, *Ob. cit., loc. cit.*

[509] Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 23-24; ID, *Das problem der sukzessiven Beihilfe*, Fráncfort del Meno, 1992, pp. 241 y 253 y ss.

sociedad. Sólo quien con respecto a determinada situación es garante (en cuanto de él se espera socialmente un determinado comportamiento) actúa en sentido jurídico-penal. De manera que la labor fundamental del Derecho penal es la individualización de quien, por haber faltado a su posición de garante, lesionó intereses sociales[510]. En la antijuridicidad, o en la llamada imputación objetiva del comportamiento, se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol[511], refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto de una institución que se orienta en atención a personas[512]. En la imputación objetiva lo determinante es si un *portador de roles* (un médico, un funcionario, o un enfermo oligofrénico profundo[513]), si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas o no lo ha hecho generando así una defraudación social, sin importar quién es el *individuo* (el médico Juan o Pedro; el funcionario X o Z; o el oligofrénico profundo H o K, pues esto pertenece ya al ámbito de la culpabilidad o imputación subjetiva[514]) que en el evento concreto desarrolló la acción o la omisión; esa consideración genérica que permite precisar cuándo una conducta lesiona las leyes de convivencia social debe hacerse con

[510] Vid. REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", cit., p. 944 y ss; en especial, p. 951.

[511] Vid., por ejemplo JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 97 y ss., pp. 101 y ss., pp. 133 y ss., y pp. 145 y ss.

[512] Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 97.

[513] Aunque en este caso, más que un rol, lo que ostenta el enfermo es un particular *status*, del cuál (ya) difícilmente se derivan *roles*; éste es el verdadero núcleo del problema.

[514] Razona REYES ALVARADO, *Ob. cit*., pp. 951-952, que como quiera que con fundamento exclusivo en consideraciones generales que permitan establecer cuándo una conducta abstractamente considerada defrauda las expectativas de comportamiento social resulta imposible la concreción de un juicio de responsabilidad penal, que por esencia es de carácter individual; es indispensable que, como complemento de la imputación objetiva, se analice el comportamiento del autor, no ya como un genérico portador de roles, sino como individuo; ese aspecto individual de la conducta escapa a las consideraciones genéricas propias de la imputación objetiva y debe ser analizado dentro del ámbito de la culpabilidad, a través de lo que podría denominarse imputación subjetiva.

base en una teoría de la imputación objetiva y constituye el contenido del "injusto".

2. La norma primaria jurídico-penal como norma de conducta

2.1. Planteamiento de la cuestión

1. Si el hombre es la realidad natural, mientras que la sociedad no es sino una creación suya[515], aunque necesaria; así pues, "sociedad" es sinónimo de las normas[516] creadas por los hombres que componen tal sociedad. La sociedad, de hecho, está regida por un conjunto de normas dictadas por los individuos - en la forma establecida para la formación de las leyes - que dan carácter peculiar a la vida[517]. Es en la vida societaria donde el hombre encuentra aquellos medios que le son necesarios para su plena realización y que sólo en la vida social puede obtener. La dimensión social del hombre, que halla su plasmación en la vida del grupo al que cada hombre singular pertenece, reclama que tal vida social esté vertebrada y sea armónica[518]. Para vertebrar el proceso de integración y de

---

[515] Como ha señalado JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, Sancinetti (Trad.), Buenos Aires, 1998, pp. 57-58, una mera reunión de individuos humanos no configura una sociedad. Una sociedad comienza, más bien, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada, como por ejemplo, la de no lesionar la propiedad de otra persona. […] La declaración de que una sociedad es real equivale a la de que las normas que la constituyen se hallan en vigor. Vid., también, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 16-17.

[516] Para ilustrar la visión aquí mantenida vid., PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 98: "El derecho debe ser el reflejo de aquella sociedad que precisamente debe garantizar. Con este enunciado sólo pretendemos dejar claro la total interdependencia entre derecho y sociedad […]. El Derecho penal como aquí es concebido, tiene como función el mantenimiento de la estructura social que toma como base, la cual al mismo tiempo se autoprotege con las "normas" que en su interior facilitan la comunicación entre sus miembros. […] Sociedad debe ser entendida en sentido normativo, es decir, como conjunto de normas".

[517] Cfr. GRAMATICA, *Principios de defensa social*, Muñoz y Nuñez de Prado/Zapata Aparicio (Trads.), Madrid, 1974, p. 39.

[518] Vid. BRUFAU PRATS, "Dimensión social de la norma jurídica", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990, p. 134-135. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 49, estima que la esencia de la ordenación jurídica reside en su doble naturaleza, a la par positiva y normativa, social y general; y determina en este sentido al derecho como el *conjunto de ordenaciones generales para la vida humana en común*.

coordinación en el sistema social[519], así como para asegurar su mantenimiento, el propio sistema se da unas normas. De entre las normas que se dan en un sociedad determinada, queda limitado el ámbito de interés en este trabajo a las normas jurídicas, y en concreto a las normas jurídico-penales[520].

El conjunto de todas las normas jurídicas constituye el ordenamiento jurídico[521] de una sociedad o de un Estado. En las reflexiones que siguen trataré de explicar que las normas jurídico-penales *son normas de conducta*; partiendo de una determinada base conceptual que quedaría esbozada de la siguiente manera: una sociedad que quiera garantizar contactos masivos y anónimos necesita de formas objetivas de comunicación, es decir, de la introducción tanto de estándares vinculantes como de expectativas de comportamiento en ámbitos determinados; pues de lo contrario, nadie podría orientarse de forma coherente y predecible en el intercambio de contactos, imposibilitándose así la conformación misma de una sociedad estable; ya que sin expectativas normativas estables, no se pueden posibilitar los contactos sociales [522]. Para regular esta situación, la sociedad utiliza un instrumento jurídico que denominaremos norma. Y que,

---

[519] Considera PARSONS, *El sistema social*, cit., pp. 43-44, que un sistema social es un modo de organización de los elementos de la acción relativo a la persistencia o procesos ordenados de cambio de pautas interactivas de una pluralidad. […] un sistema social es un sistema de procesos de interacción entre actores, la estructura de las *relaciones* entre los actores, en cuanto que implicados en el proceso interactivo, es esencialmente la estructura del sistema social. El sistema es una trama de tales relaciones.

[520] Como acertadamente razona MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 9, la norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. […]Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal.

[521] Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se *comporten* de acuerdo con ellas. En tanto estas reglas representan, al propio tiempo, normas de decisión, aquellos que han de resolver la eliminación jurídica de conflictos deben juzgar conforme a ellas. La mayor parte de las normas jurídicas son tanto *normas de conducta* para los ciudadanos como *normas de decisión* para los tribunales y órganos administrativos, Cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Rodríguez Molinero (Trad.), Barcelona, 1994, p. 242.

[522] Vid. PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, p. 147; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/4, 1/7; 1/7ª; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 71.

según entiendo, puede decirse que es *una norma de conducta*[523]. En este sentido, OLIVECRONA[524], advierte que el propósito de todas las disposiciones jurídicas, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras.

2. La norma penal es una norma de conducta[525] que se dirige a los sujetos, miembros de una sociedad. La norma jurídico-penal, pretende influir en la conducta de los sujetos de derecho. Que pretenda determinar u organizar conductas para mantener vigentes determinadas expectativas, o que lo haga para proteger bienes o valores jurídicos, es un criterio de discusión distinto. Las normas de conducta jurídico-penales tienen además un contenido obligatorio[526], que se despliega por medio de la imposición de deberes; ya sean éstos, deberes negativos o deberes positivos. Con VON WRIGHT, podemos mantener que las leyes del Estado son prescriptivas, establecen reglamentos para la conducta e intercambio humanos. No tienen valor veritativo; *su finalidad es influenciar la conducta*[527]. Una norma, y en concreto una norma jurídico-penal, es una

---

[523] KAUFMANN, "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", Schiffrin (Trad.), en *Nuevo Pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias penales*, 1975, pp. 161-162, señala que el orden jurídico regla la vida de los hombres en común por medio de normas de conducta. Su inobservancia constituye la conducta antinormativa típicamente adecuada. […] Las normas de conducta, mandatos y prohibiciones, tienen, por tanto, como objeto, únicamente a acciones, a actos finales. *Sólo el accionar realizado mediante acciones finales puede ser exigido o vedado por el derecho*; las prohibiciones causales no tendrían sentido.

[524] Cfr. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit., p. 43, quien expone además, que el lenguaje jurídico tiene que ser considerado en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social y de comunicación social. Podemos llamarlo lenguaje *directivo*, por oposición al lenguaje *informativo*.

[525] En palabras de MERTON, *Teoría y estructura sociales*, Torner (Trad.), Mexico D.F, 1964, p. 143, ninguna sociedad carece de normas que gobiernen la conducta, pero se diferencian en el grado en que los controles institucionales están eficazmente unificados con los objetivos que ocupan un lugar elevado en la jerarquía de los valores culturales.

[526] Exhaustivamente, y rebatiendo algunas de las objeciones que se han hecho en contra del fundamento de la teoría de las normas, que es precisamente el de su obligatoriedad/prescriptividad, vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 53 y ss.

[527] Cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., p. 22; cuando los hombres desobedecen las leyes, la autoridad que las respalda, trata, por lo pronto, de corregir la conducta de los hombres. Vid., también GRAMATICA, *Principios de defensa social*, cit., p. 40, afirmando que,

prescripción, una norma de conducta (que *ab initio* surge de una valoración que el legislador ha realizado *ex ante* y que se juridifica en la norma), una norma que busca dirigir el comportamiento de los componentes de una sociedad, y que pretende influir en ellos para que lleven a cabo determinadas acciones, y se abstengan de realizar otras[528]. Las normas, desde esta perspectiva son directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a

---

sin entrar en consideraciones profundas de tipo filosófico, no hay duda de que el derecho puede ser definido, según el concepto kantiano, como "la norma de la conducta humana".

[528] Que las normas jurídicas en general, y las jurídico-penales en especial son *normas de conducta* - con todo lo que ello implica - es un criterio ampliamente aceptado, tanto en la teoría general del Derecho, como en la propia doctrina penal; entre otros vid.: VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., pp. 22 y ss., p. 34 y pp. 133 y ss; NAWIASKY, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 14-15, y pp. 166-168; NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit., pp. 18-19; NINO, *Notas de introducción al derecho, 1. La definición de "Derecho" y de "norma jurídica"*, Buenos Aires, 1973, pp. 35 y ss., y p. 51; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1987, pp. 171-172; RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1944, pp. 58-59; OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit., p. 43; LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 242; KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 16-18, pp. 76 y ss., y pp. 87-88; BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 177-178; ATIENZA, "Para una teoría general de la acción penal", en *ADPCP*, 1987, pp. 11-12; ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1995, p. 21 y p. 57.

En la doctrina penal, vid.: GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 142 y ss; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general,* I, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 447; ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la constitución", cit., p. 103; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 352, p. 360, p. 377, p. 378, y pp. 383 y ss; SILVA SÁNCHEZ, "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 977; MOLINA FERNÁNDEZ, *antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., p. 601, pp. 613-616, p 623, y p. 627; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 98, pp. 105-106, pp. 108-109, y p. 168; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 54; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito...*, cit., pp. 42 y ss., p. 51, p. 56 y pp. 60-65; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 98-99, pp. 182-184, pp. 228-229, y pp. 245 y ss; MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., p. 75 y p. 79; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., pp. 20-21, y pp. 64-65; HUERTA TOCILDO, " Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos", en *La Ley*, 1983, p. 1052; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I, (El hecho punible)*, Gladys Romero (trad.), Madrid, 1982, p. 51, y pp. 67-68; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, pp. 323-325; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 97, pp. 99-100, y pp. 139-144; KAUFMANN, "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", cit., pp. 161-162; WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., pp. 74-76; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/9, y 8/8; ZIELINSK, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 134, y pp. 140-141; ZIELINSKI, "El resultado en el concepto final de ilícito", Sancinetti (Trad.), en *Doctrina penal*, 1988, pp. 296-299, pp. 303-304; HIRSCH, "Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado" o sobre el estado de las cosas", Demetrio Crespo (Trad.), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 775; ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999, pp. 382-384.

quienes van dirigidos. En general, podemos decir que las normas jurídico-penales pertenecen a una categoría especial de directivas - las directivas más fuertes - que se suelen llamar *prescripciones*.

Por esto la función de las normas primarias es la de guiar, en general, la conducta[529]. Si consideramos que las normas jurídico-penales son prescripciones, entonces éstas deberán contener sus características esenciales[530]: *a)* las prescripciones son *dadas* o *dictadas* por alguien; *b)* van destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quien llamaremos sujetos normativos; *c)* puede decirse normalmente que la autoridad que da la norma quiere que el sujeto *adopte cierta conducta*. La emisión de la norma puede entonces decirse que manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto *se comporte de una manera determinada*.

El Derecho penal va a consistir en normas que *prescriben un comportamiento extern*o, ya consista en un *hacer* o en un *omitir*, pero además, el comportamiento prescrito, pasa a ser un comportamiento "normativizado", que habrá que analizar desde el propio Derecho penal[531]. La norma jurídico-penal se caracteriza porque la antinormatividad, es decir, *la conducta* contraria a la exigida[532], pone en movimiento la coacción (la norma secundaria), y

---

[529] Vid. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, cit., pp. 21 y 57; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit., p. 627, apunta que imaginar un ordenamiento sin normas de comportamiento para los ciudadanos resulta poco menos que imposible: son el verdadero núcleo del Derecho.

[530] Vid. ampliamente, VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., pp. 26-27, y pp. 87 y ss.; NINO, *Notas de introducción al derecho, 1*, cit., pp. 35 y ss., y pp. 41 y ss.

[531] Como razona SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 378, la calificación de un hecho como *infractor de normas primarias penales* requiere, en primer lugar, que el mismo revista carácter de *acción*, en la medida en que la prevención por normas sólo puede tener por objeto acciones, esto es, comportamientos humanos conscientes y voluntarios, y no fenómenos de la naturaleza o hechos del hombre que no manifiesten su personalidad, sino sólo su corporeidad.

[532] Incluso RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 58, estima que el Derecho no solamente quiere juzgar la conducta humana sino promoverla conforme a él, e impedir la que se oponga. Las medidas jurídicas se transforman por eso en imperativos, es decir, en mandatos y

precisamente una coacción externa organizada. Por lo tanto, la norma jurídico-penal se caracteriza también por la específica naturaleza de las consecuencias del comportamiento antinormativo, por la clase de efectos que produce su infracción[533]. En este sentido, KELSEN, observa que para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona[534] una sanción con la conducta contraria[535]. Pero no sólo por temor a la coacción se respetan las normas; frente a la tesis de KELSEN se han postulado, por ejemplo, las teorías de la prevención general positiva[536]. La norma secundaria no es una pura coacción psicológica[537]. Además, a KELSEN le faltó contemplar la norma desde

---

prohibiciones determinantes para la voluntad humana ; y no tal vez "normas determinadoras" que actúen valorando en la voluntad humana.

[533] Vid. NAWIASKY, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 9-11; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pp. 171-173; KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 18-20, y pp. 76 y ss.

[534] Como afirma LARENZ, *Metodología de la ciencia el derecho*, cit., p. 244, el sentido del enlace del supuesto de hecho con la consecuencia jurídica no es, como en la proposición enunciativa, una afirmación, sino una orden de validez. El dador de la norma no dice: "así es de hecho"; sino que dice: "así debe ser por derecho".

[535] Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 76. Para el autor, la conducta que es la condición de la sanción se encuentra prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción; vid. también pp., 17 y ss.

[536] Vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/14; 1/15 y 1/16; para JAKOBS, la pena tiene una función que debe surtir efectos en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva. […] Se trata de *prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma* (la llamada prevención positiva general o colectiva, es decir, no sólo intimidatoria). LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 39-40, estima que no se trata con esta teoría de la pena de fines preventivos, sino que por el contrario es una *teoría retributiva funcional*, que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico utilitarista. (aquí LESCH se separa en parte de los planteamientos de JAKOBS). Aunque, el propio JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 1998, p. 32-33, afirma que si se quiere hacer uso del término *prevención general positiva*, no debe denominarse *prevención general* porque tuviera efectos en gran número de personas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho, en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.

[537] Vid., por ejemplo, HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., § 99 (agregado), criticando la teoría de la pena de FEUERBACH, que funda la pena precisamente en la amenaza, en la coacción psicológica (prevención general negativa). Pero HEGEL se pregunta

otra perspectiva, es decir, desde el punto de vista de la norma primaria, que actúa como fuente de orientación (expectativa) para organizarse en los contactos sociales. Las normas primarias jurídico-penales tienen como destinatarios también a las personas que necesitan saber con qué comportamientos de *alter* pueden contar normativamente. KELSEN, tan sólo consideró las normas como catálogo de coacciones, pero no las consideró como catálogo de expectativas o previsibilidades normativas.

2.2. Consideración de la norma primaria jurídico-penal como norma de conducta: un prerrequisito necesario para la atribución de fines en el ámbito de la "realidad normada"

2.2.1. Introducción y panorama dogmático previo.

1. Existe una parcela de la realidad que puede denominarse "realidad normada", o más bien "realidad de conductas normadas"; puede que sea una *realidad virtual*, pero a través de ella los sujetos despliegan su vida en sociedad. Uno de los subsistemas de ese mundo normativo[538], es el conjunto de normas que

---

¿Qué pasa con el carácter jurídico de la amenaza? Es decir, se pregunta el autor por el plano normativo, por la función estrictamente normativa de la pena, que es el plano en que estamos desarrollando la reflexión. HEGEL contesta que esta teoría no supone que el hombre es libre y quiere obligar por la representación de un perjuicio. El Derecho y la justicia deben, sin embrago, tener su lugar en la libertad y la voluntad, y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza. Con esta fundamentación de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro. La amenaza, que puede sublevar al hombre y llevarlo a mostrar su libertad contra ella, deja completamente de lado la justicia. La violencia psicológica sólo puede referirse a la diferencia cualitativa y cuantitativa del delito, pero no a su naturaleza misma.

[538] Así, para JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", Cancio Meliá (Trad.), texto entregado en: *I Jornadas interuniversitarias, Sobre nuevos retos del Derecho penal. (La responsabilidad de las personas jurídicas)*, Universidad de Alicante, 7 de nov. 2002, p. 3, el mundo normativo configura un sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción del individuo, y decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se trata. Este desarrollo de los conceptos del Derecho desde su carácter normativo es la idea de "normativización".

forman un determinado Derecho penal. Para mantener el sistema en funcionamiento[539], el propio sistema requiere de los sujetos unas determinadas prestaciones de conducta. El conjunto de normas jurídico-penales de conducta vigentes en una sociedad es el "software"[540] mínimo de expectativas normativas necesario para mantener operativo el sistema. Puede decirse también, que este "software" reduce la complejidad del sistema[541].

Las normas de conducta son el "software" con el que se regula y establece la convivencia básica, la interacción indispensable entre los sujetos; es aquello que está pautado y estandarizado. El soporte del programa (el "hardware") es evidentemente la realidad física, el entorno. Sólo que, la mayoría de las veces, ambos mundos, el normativo y el físico-natural, se superponen, convergen cuando se trata de analizar la coexistencia de personas en sociedades

---

[539] Evidentemente, se presupone la legitimidad del sistema, y del "software" normativo que se ha diferenciado; debe tratarse, en definitiva de una sociedad civil legítima y estable. Como lo describe LESCH, *La función de la pena*, cit., pp. 50-51, (aunque el autor se refiera específicamente a la pena, pueden extenderse sus consideraciones a *las normas*, pues la norma secundaria (la pena) comparte su legitimidad y su existencia con la norma primaria): "La pena se legitima sólo mediante la legitimidad del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone (Jakobs). […]lo que ha sido desarrollado siguiendo a Hegel es un Derecho penal *cívico* o *civil* de la culpabilidad. […] El Derecho penal funciona en el sentido hegeliano descrito sólo en una sociedad que en líneas generales se encuentre intacta, con un orden relativamente estable. Así, puede que el desmoronamiento de la sociedad civil (cívica) no mantenga el Derecho penal cívico. En una sociedad insegura, decadente, que en sí misma ya no se encuentre plenamente definida, en la que se cuestione el ordenamiento en general, rigen otras máximas".

[540] La figura del "software normativo" puede ponerse en relación con las observaciones de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 17, quien describe la Sociedad como la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de otro modo no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas y no por determinados estados o bienes. […] El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución.

[541] Aunque como afirma PRIETO NAVARRO, "Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social (perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal)", en *DOXA,* nº 23, 2000, p. 282, la multiplicidad de cursos posibles y alternativos de acción y de vivencia parecen vedar cualquier posibilidad de respuesta puntual al entorno, por lo que se demandan nuevas formas de elaboración de las informaciones. La necesidad de responder adaptativamente, de iniciar procesos de aprendizaje ante lo novedoso, nos pone ante la duda de si el Derecho podrá seguir contando, en la misma medida en que lo ha venido haciendo, como expediente de reducción y manejo de la complejidad social, en sus vertientes objetiva, social y temporal.

desarrolladas. O como plantea JAKOBS[542], en el marco de una explicación funcional la distinción fundamental es: sociedad o mundo exterior.

El derecho, y el derecho penal pertenecen al mundo normativo[543], y desde esa realidad normativa deben ser analizados. Tomaremos como punto de partida un conocido ejemplo de BOBBIO:

> Un hombre pasea por un jardín. Se detiene frente a un cartel en el que se puede leer: "Prohibido pisar el césped". Se para un momento. Le hubiese sido más cómodo atravesar por el césped para alcanzar más rápido la otra parte. Pero no atraviesa, y lo bordea, de mala gana, por un camino. Poco después, y tras haber leído el periódico, está a punto de tirarlo al suelo, cuando recuerda haber visto un contenedor con un escrito: "vertidos/basura"; vuelve sobre sus pasos, y lo introduce en el contenedor.
>
> En un brevísimo espacio de tiempo, el comportamiento de este hombre ha estado sometido a dos modificaciones de signo contrario debidas a una señal externa. En el primer caso ha sido inducido a no hacer aquello que quería; en el segundo ha sido inducido a hacer aquello que no quería. En ambos casos se dice que el comportamiento ha sido dirigido, condicionado, limitado, o incluso sólo modificado por una norma. Pero en su extrema sencillez, los dos casos muestran que una norma puede modificar el comportamiento fundamentalmente de dos maneras: obstaculizando, es decir, induciendo a una persona a no hacer aquello que en ausencia de la norma hubiese hecho; o exigiendo que se haga, aquello que en ausencia de la norma no se hubiese hecho[544].

El hombre del ejemplo de BOBBIO, en su discurrir por el parque ha tenido que utilizar un determinado "software" normativo, precisamente porque vive en sociedad[545]. Los árboles, el césped, el camino, pertenecen al *mundo*

---

[542] Cfr., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 42.

[543] Como afirma CARBONNIER, *Socilogie juridique*, Paris, 1972, p. 121, todos los fenómenos jurídicos pueden observarse como fenómenos sociales[…]. Al contrario, todos los fenómenos sociales no son fenómenos jurídicos; lo cual hace surgir la pregunta siguiente: ¿en función de qué característica pueden ser separados o distinguidos los fenómenos jurídicos de los fenómenos sociales? Tal hipotética característica es calificada de *juridicidad*.

[544] Cfr. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 177.

[545] Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a normas. Esta comunicación no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, […] sino que es la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas. Persona es, por lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad. Cfr. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 1998, pp. 16-17.

físico-natural; la conducta social, prescrita normativamente, consistente en no pisar el césped y en arrojar las basuras a la papelera, opera en el mundo real pero se rige desde un *mundo normativo*, por lo tanto, en casos como éste, ambas realidades se dan simultáneamente, es decir, coexisten; y sólo podrán ser desconectadas desde un plano puramente teórico, analítico. Como certeramente ha expuesto REYES ALVARADO, una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural[546].

Si en ese mismo parque se pasean dos jóvenes amantes, su actividad será en parte natural[547], y en parte será normada por normas primarias jurídico-penales. Si se aman o no, si se aprecian o no, si lloran, si ríen, es irrelevante para el derecho, para el "software", puesto que es un ámbito de privacidad no abarcado por normas. Visto desde la realidad natural no son sino dos mamíferos desplazándose por entre unos árboles. Pero si deciden mantener relaciones sexuales, éstas deberán ser consentidas (realidad normada, pues de lo contrario estaríamos ante un delito contra la libertad sexual), y si deciden comprar un helado, deberán pagar su precio tras la entrega (realidad normada, pues sino estaríamos ante una falta contra el patrimonio), y si finalmente abandonan el parque, no podrán hacerlo sustrayendo un vehículo a motor ajeno, por mucho que esto les facilite el regreso a casa (realidad normada, pues sino estaríamos ante un hurto de uso de vehículo a motor). Ya no son (sólo) dos mamíferos enamorados desplazándose en una zona geográfica delimitada, sino que son dos personas,

[546] Vid., REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", cit., p. 945.

[547] Como se ha visto con anterioridad, Jakobs apuntaba que (para una explicación funcional) la distinción fundamental era: sociedad o mundo exterior. Pero refiriéndolo a la comunicación, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 42-43, lo formula de la siguiente manera: sentido o naturaleza. Con otras palabras, o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación, o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza.

miembros de una sociedad[548], que participan en el sistema, siguiendo sus normas de conducta; la realidad normada[549] es la que permite crear y mantener, por

[548] En palabras de HEGEL, *La raison dans l' histoire. Introduction a la Philosophie de l' histoire*, cit., p. 147, el Estado vive en los individuos y su vitalidad la hemos llamado orden ético (*Sittlichkeit*). El Estado, sus leyes, sus instituciones pertenecen a estos individuos; sus derechos y su propiedad externa se encuentran en un medio natural (el suelo, las montañas, el aire, las aguas) que pertenecen al Estado. Es crítico con una visión funcionalista de la sociedad, por ejemplo, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 97-98, y estima que tal visión de la sociedad considera al hombre, aun cuando valora la acción humana para la consecución de ciertos fines, como un ser totalmente social, esto es como un ser hueco y vacío al que sólo la sociedad llena de sustancia. Luego los fines del hombre son fines de la sociedad, sólo que residen en él. El hombre queda así mediatizado por el sistema que pasa a ser lo fundamental. Ante tales afirmaciones de HORMAZÁBAL MALARÉE cabe hacer la siguiente observación: el hombre no es un ser totalmente hueco, sino que está relleno de pasiones y de instintos, de violencia, odio, amor, confianza, alegría, tristeza, buen humor, *pero, y esto es necesario admitirlo, está "vacío" de toda normatividad*. Sólo en una sociedad regulada mediante normas jurídicas, que otorgan, crean, y garantizan derechos y deberes, expectativas, para las personas, ese hombre vacío de normatividad encontrará, que normativamente tiene derecho a vivir, y que normativamente los demás tienen la obligación de no matarlo. Dicho de otro modo, un hombre, por el sólo hecho de ser hombre, no tiene ni la obligación (positiva) de pagar impuestos, ni la obligación (negativa) de no dañar a los demás. Por tanto, confirmamos aquí que efectivamente el hombre está vacío de toda normatividad, y que es la sociedad la que le concede derechos y le impone obligaciones. Puesto que un hombre, por el simple hecho de ser hombre, y sin ser miembro de ninguna sociedad, no es sino un mamífero perteneciente a la especie *homo sapiens* que se desplaza por la corteza terrestre. Vid., también sobre este tema, GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *DOXA*, nº 23, 2000, pp. 234-235; JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit., pp. 17 y ss; y JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 2, advirtiendo que si se concibe a los individuos humanos como animales inteligentes, el código conforme al cual se conducen es el de satisfacción/insatisfacción, o interés en la producción de un acontecimiento/o en su ausencia. […] Hablando en términos kantianos, el individuo inteligente es el *homo phaenoumenon*, el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia. KANT opone a ese individuo el *homo noumenon*, el ser racional ideal, cuyo código no es otra cosa que una descripción de contenido de la libertad, concretamente: el orden con base en deber y derecho. El propio KANT habla de que se trata de sistemas distintos, que no se excluyen mutuamente, sino que, más bien, permiten explicar distintas cosas. […] Por lo tanto, junto al sistema de la naturaleza, determinado por leyes causales, aparece el sistema creado "con intención práctica" y configurado por leyes del "deber ser"; Vid. también JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", Manso Porto (Trad.), en *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999. Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Madrid, 2000, pp. 136-137. También RAWLS trata de elaborar y llevar hasta sus últimas consecuencias la idea kantiana de seres noumenales, o sea, seres puramente racionales abstraídos de sus circunstancias contingentes de índole empírica, vid. sobre ello, NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., pp. 408-409.

[549] Puede también entenderse por "realidad normada", en palabras de JAKOBS: "mundo objetivo". El autor razona que, ser persona significa tener que representar un papel. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una* norma. Como observa JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 58, sólo ante el perfil de otro sujeto puede

ejemplo, el respeto por la libertad sexual y por la propiedad privada[550]. Las normas jurídico-penales crean, y en caso de defraudación tratan de mantener estabilizadas contrafácticamente, ese tipo de expectativas normativas de conducta; en el caso concreto que nos ocupa, la expectativa de que nadie va a violentar mi libertad sexual, y la expectativa de que yo puedo seguir vendiendo productos y cobrando su precio en una organización económica de mercado. Dicho de otro modo, en el parque, la pareja de enamorados mantendrá contactos anónimos (y viceversa el resto de personas con la pareja) con el propietario del establecimiento de helados, con los demás transeúntes y con los propietarios de vehículos a motor aparcados en las cercanías, por ejemplo. Pero no se pueden tener expectativas respecto de meros individuos que ni son conocidos personalmente por los otros miembros de la sociedad, ni quieren serlo. Puesto que el Derecho penal desea garantizar también contactos sociales anónimos, las expectativas no van referidas a individuos en sí, sino a individuos en su *rol* en sociedad. Así pues, las expectativas van identificadas con determinados roles. El rol mínimo que es desempeñado en toda interacción es el de *persona*: *ego* puede

---

comprenderse el sujeto a sí mismo, naciendo de el mismo fundamento lógico que el otro; es decir, de la definición de una norma en sentido estricto que se encuentra "entre" ellos.

Sólo a través del *software* normativo puede determinarse la comunicación entre personas (no entre individuos que se manejan con otro código basado en la satisfacción/insatisfacción). De nuevo en palabras de JAKOBS, O*b. cit., loc. cit*., en la mayor parte de los casos se va más allá de *una* norma, pero siempre son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. Estas normas son el mundo objetivo; objetivo porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las actuales preferencias de cada individuo. […] Por ello la comunicación no instrumental es una comunicación personal.

[550] Siguiendo planteamientos hegelianos, podría decirse que el Estado es la realización de la libertad, frente a los planteamientos que mantienen que el hombre es libre naturalmente pero que, en la sociedad y en el Estado de los que forma parte necesariamente debe restringir esa libertad natural. Para HEGEL, es del todo exacto afirmar que el hombre es libre, si queremos decir que lo es según su concepto, es decir, según su determinación o *solamente en sí mismo*. Existe un estado salvaje fácilmente constatable, pero que está unido a las pasiones de la brutalidad y a los actos de violencia. Según HEGEL, el Estado y la sociedad son precisamente las condiciones en las cuales la libertad se realiza. La ética social consiste en el hecho de que aquello que es sentido, conocido y querido no es la personalidad individual y sus intereses, sino la personalidad común de todos los ciudadanos. El individuo encuentra la libertad en las leyes, puesto que en ellas encuentra su propia voluntad, vid. HEGEL, *La raison dans l' histoire. Introduction a la Philosophie de l' histoire*, cit., pp. 141-145.

esperar que *alter*, como persona, no se extralimite irrumpiendo en esferas jurídicas ajenas[551], por ejemplo, lesionando, o robando.

Los mensajes contenidos en las normas son el "contenido del programa"; los mensajes en Derecho penal son exigencias/expectativas de conducta; son mensajes que describen estados de cosas, informan, transmiten; pretenden influir, guiar, dirigir, regular controlar; y por supuesto, además informan sobre valores y expectativas.

2. Una norma jurídico-penal pretende dirigir el comportamiento de los sujetos de derecho, en una determinada dirección; pretende, en su aspecto externo, inducir a que los elementos (personas[552]) que operan en una sociedad adopten unos cursos de acción (no de intención), y no otros, para así poder crear una expectativa normativa estable de conductas. Que la norma logre o no la conducta pretendida no afecta a su estructura como expectativa, ahora bien, si no logra la conducta exigida normativamente, entonces el sistema normativo utiliza un instrumento contrafácticamente estabilizador llamado pena o norma secundaria, que niega la validez de la conducta contraria a la norma, y proclama la vigencia de la prohibición o mandato, y con ello de la expectativa. La norma siempre opera en el esquema sistema/entorno, o más concretamente sistema normativo/medio ambiente, sentido/naturaleza.

Esto fundamenta su aspecto de norma de conducta[553]. Que la norma de conducta tenga un motivo razonable de existencia, o que la pena se imponga bien

---

[551] Vid., al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 276-277

[552] Personas, que en un sentido normativo, y desde un punto de vista jurídico-penal, serán: Entidades determinadas por normas, cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o que no lo ocasiona, sino *como un comportamiento que contiene significado*; y que, desde un punto de vista jurídico-penal, se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma, vid., JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", Sánchez-Vera (Trad.), en: Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, p. 153.

[553] Puede decirse, adaptando la definición de NAWIASKY, *Teoría general del derecho*, cit., p. 14, que la norma jurídico-penal es, según lo expuesto,(por lo menos en parte) *un precepto relativo a la conducta exterior*, a cuya inobservancia va ligada una pena; el mandato de un *hacer* o un *omitir*, cuya desobediencia tiene por efecto una pena.

para maximizar intereses, para asegurar bienes jurídicos o para proteger bienes jurídicos (desde una dogmática jurídico-penal naturalista); o bien se imponga para mantener las condiciones de comunicación, para mantener la seguridad de expectativas, o para estabilizar la norma (desde una visión jurídico-penal normativista-funcionalista), no debería afectar a la estructura y a la característica de la norma penal como *norma de conducta*. Como norma mediante la cual, el emisor tiene una intención real de influir en la conducta externa del receptor o destinatario, y evitar así el conflicto que daría lugar a la defraudación de la expectativa normativa y seguramente a la lesión de bienes jurídicos.

3. La norma de Derecho penal prescribe a las personas a quienes se dirige, los destinatarios jurídicos, *una determinada obligación* y ante el incumplimiento/defraudación de la norma/expectativa surge la necesidad de imponer una pena. Así nace para ellas una *necesidad de conducta asegurada* mediante la amenaza de la coacción; más exactamente: de este modo se les impone esa necesidad de conducta[554]. Necesidad de conducta es lo mismo que deber de una conducta necesaria coactivamente asegurada, e igual que deber coactivo o *deber jurídico*. Por tanto, *deber jurídico es la norma jurídica considerada desde el punto de vista de su destinatario*[555]. Pero la pena no agota su contenido en una relación unívoca entre el Estado y el infractor, sino que además tiene un contenido simbólico, tanto para quien ha defraudado la expectativa normativa de conducta, como para el resto de los ciudadanos.

Si nos preguntamos: ¿Porqué un determinado agente manda (ordena, impone un deber/obligación) a otro agente hacer o abstenerse de hacer una

---

[554] Cfr. NAWIASKY, *Teoría general del derecho*, cit., p. 166; VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., pp. 132 y ss; KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79 y p. 87.

[555] NAWIASKY, *Ob. cit*., pp. 166-167, expone que en el deber jurídico del destinatario de la norma están interesados todos aquellos a quienes la conducta prescrita favorece. Esto se manifiesta muy netamente en el Derecho penal. Si se ordena: "no mates, sino serás castigado", todos los hombres están interesados en el acatamiento del mandato. Si se expresa: "no robes, sino serás encarcelado", en este caso están interesados en el cumplimiento, todos aquellos que poseen objetos patrimoniales.

determinada acción? La contestación más lógica la aporta VON WRIGHT, cuando afirma que el dador de la orden *desea* (también podríamos decir: el creador de la expectativa) que el resultado del acto prescrito *suceda* (que la expectativa de conducta no sea defraudada). Por lo tanto, *desea* que el sujeto de la prescripción *haga* el acto en cuestión (podríamos decir: que cumpla con la expectativa), es decir, que haga que el cambio deseado se produzca. Mandando al sujeto puede *hacer que haga* el acto. Por tanto *da la orden* (y crea normativamente la expectativa, que ingresa de esta forma en el ordenamiento jurídico, y pasa a formar parte del "software"). El acto normativo es un *medio* para los *fines* de la autoridad de la norma. Es un medio de hacer que una determinada cosa suceda[556] (o que una expectativa normativa de conducta sea creada, y se mantenga estable o vigente).

Estas observaciones de VON WRIGHT, se acercan a lo que él llama una teoría voluntarista de las normas, según la cuál, las normas son las expresiones o manifestaciones de la voluntad de una autoridad-norma con respecto a la conducta de algún sujeto-norma. Esta voluntad sería la *voluntad de obligar a hacer o a abstenerse de hacer*. Y raramente es voluntad de obligar a hacer o abstenerse de hacer "por sí solos, sin absolutamente ninguna razón", sino que tiene algún fin ulterior en perspectiva[557]. La autoridad normalmente desea obligar al sujeto a hacer algo, porque quiere que lo haga. Y quiere que lo haga, porque quiere que la cosa suceda[558]. Aquí es donde, en la actualidad en la doctrina penal

---

[556] VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., p. 133, estima que, si querer obtener un fin entraña querer usar los medios que de hecho se usan para obtener dicho fin, entonces podemos también decir que la autoridad de la norma *desea mandar* al sujeto de la norma y que *quiere hacer* que el sujeto *haga* el acto prescrito. El texto entre paréntesis es un añadido mío. En sentido parecido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, cit., p. 108.

[557] Cfr. VON WRIGHT, *Ob. cit.,* pp. 134-135; como afirma KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 94, es obvio que ninguna norma puede existir en virtud de sí misma, sino que está basada en un juicio de valor.

[558] VON WRIGHT, *Ob. cit.,* p. 135, infiere que el modo en que estos fines ulteriores del Estado, están (o deberían estar) relacionados con los fines de los ciudadanos, en tanto que sujetos de estas normas, *constituye uno de los problemas principales de la filosofía política*. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 378, expone que la decisión en virtud de la cual se selecciona aquello que para ser evitado debe y puede ser

existen diversas posturas. Aunque considero, que por muchos fines o misiones que se le asignen a las normas jurídico-penales, éstas no dejan de ser, como aquí se defiende, *normas de conducta*. Y por tanto el contenido fundamental de la antinormatividad penal consistirá en la infracción de una norma de conducta; en la contradicción entre la conducta externa de una persona, y la conducta esperada/exigida por la norma; o si se prefiere, la contradicción entre una estructura de competencias de un status/ rol (que no deja de ser un amalgama de conductas - acciones y omisiones -) y una expectativa normativa. (Esto no altera un posterior debate a la hora de determinar si la conducta conflictiva debe serle imputada a un sujeto individual-naturalista, o a un portador de roles, puesto que resulta indudable que la base de la imputación sigue siendo siempre *una conducta*, sea ésta concebida desde una perspectiva individual o social; un rol es una suma de derechos y deberes, y un deber es la necesidad de una *conducta* adecuada a la norma o a la expectativa, y por tanto, se opte por la vía que se opte, siempre se desemboca en una norma de *conducta*).

4. Puede decirse que existen tres grandes líneas de pensamiento en Derecho penal en relación a la función de las normas.

Una primera mayoritaria, que podría resumirse de la siguiente forma: el ordenamiento jurídico tiene no sólo una función de *valoración*, sino también y definitivamente una función de *regulación*, es decir, que quiere influir en la conformación y preservación de la convivencia humana.

El ordenamiento jurídico puede desarrollar esta tarea, sin embargo, sólo por medio de *la actividad humana orientada a fines*, es decir, tiene que dirigirse a la voluntad de los hombres y ordenarles ejecutar *las acciones deseadas* por él para la obtención de metas jurídicamente valiosas (mandatos) o bien la omisión

---

penalmente prohibido (conminado con pena), y la decisión en virtud de la cual se selecciona aquello cuya evitación hace precisa y lícita no sólo la prohibición abstracta, sino también el castigo concreto, constituyen los dos pilares fundamentales de la incidencia del Derecho penal en la sociedad y a ellas ha de adaptarse la sistemática del delito.

De esta afirmación de SILVA, se deduce una importante consecuencia: es la sistemática del delito, es decir la teoría jurídico-penal del delito, la dogmática jurídico-penal, *la que debe adaptarse a la sociedad y a sus cambios, y no al revés.*

de *acciones indeseadas* para la evitación de resultados jurídicamente disvaliosos (prohibiciones). Las normas sólo pueden ser entendidas como mandatos y prohibiciones, y son la expresión de la obligatoriedad jurídica. Las normas buscan determinar la conducta humana, para proteger bienes jurídicos[559].

En palabras de WELZEL:

El ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohibe: matar, robar, etc. Tiene que especificar la "materia" de sus prohibiciones. Esta materia de la prohibición contiene la descripción objetiva material - el "modelo de conducta" -, de la conducta prohibida. Sólo gracias a este modelo de conducta pueden reconocer el ciudadano y el juez qué formas de conducta están prohibidas. […] Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (por ejemplo: dar muerte a un

[559] Vid. por ejemplo ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 134; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 322 y ss; ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 382-383, lo explica en su manual de forma gráfica: El legislador se encuentra frente al "ente" "vida humana", y tiene interés en tutelar la vida humana, porque la valora (la considera positiva, buena, necesaria, digna de respeto, etc.). Ese interés jurídico en tutelar la vida humana lo tiene que traducir en una norma; cuando se pregunta "¿Cómo tutelo?", la única respuesta es: "Prohibiendo matar". Esta es la norma prohibitiva "no matarás"; HIRSCH, "Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado" o sobre el estado de las cosas", cit., p. 775, expone que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos frente a su lesión, y que las prohibiciones sirven como medio para la consecución de este fin. Es correcto por cierto, afirma Hirsch, que el mandato normativo necesariamente debe dirigirse a una acción voluntaria; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 97-100, y pp. 375 y ss; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit., pp. 72-73; ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal...", cit., p. 103, estima, frente a las tesis de Bajo, Rodríguez Mourullo, Quintero y Bustos, que la función de las normas no es valorar conductas, aunque presupongan una valoración, sino definir lo prohibido, e inducir a los ciudadanos a evitar las conductas prohibidas, procurando la interiorización de las normas de protección de bienes jurídicos; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., pp. 105-109; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 447; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 142-145; MIR PUIG, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", cit., pp. 75 y ss; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 54; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito...*, cit., pp. 42 y ss., y pp. 60-65; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 98-102, pp. 182-184, pp. 226-229, y en especial p. 245, donde señala que la norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar al ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos negativos para los bienes jurídico-penales; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 352, estima que la concepción de la norma jurídico-penal como un imperativo que trata de incidir sobre la conducta de sus destinatarios es la más coherente con la atribución al Derecho penal de una misión preventiva y a la vez garantista. […] Este "tratar de influir" sobre la conducta de los destinatarios a través de la amenaza, expresa una perfecta orientación de la norma penal al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal. SILVA, en p. 389, mantiene que son penalmente antijurídicas *conductas* que contienen *un riesgo especialmente grave para bienes jurídico-penales.* Para su concepto de antijuridicidad vid. pp. 383 y ss.

hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. […] La antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico.[560]

Desde esta visión, la norma penal trata de influir en los individuos para obtener de ellos una determinada conducta externa, y de este modo alcanzar el fin de protección de bienes jurídicos.

Una segunda concepción de la norma jurídico-penal no le atribuye esencialmente un contenido funcional orientado a las conductas de los individuos, sino que para esta corriente de pensamiento, la función primordial de las normas penales no es "motivar", sino efectuar repartos[561] de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, proteger la distribución resultante y, sólo de manera subordinada, motivar a los individuos para que la respeten[562].

Y una tercera vía sería aquella de quienes afirman que el fin de la norma consiste en evitar el comportamiento que defrauda expectativas normativas[563]. Esta es la postura mantenida fundamentalmente por JAKOBS, y su discípulo LESCH.

---

[560] Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., pp. 75-76. Su concepto de la antijuridicidad objetiva (con elementos "objetivos" y "subjetivos") está en pp. 77 y ss.

[561] En contra, advierte JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 32, que no se describe adecuadamente la identidad de una sociedad hablando tan sólo de ciudadanos que acumulan bienes a su alrededor, sin nombrar al mismo tiempo aquellas condiciones sociales bajo las cuales los bienes llegan a ser buenos.

[562] Así, COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 275. No entiendo bien la postura de VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, pp. 339 y ss., cuando afirma en p. 339 que: "...una norma es una regla de conducta...", y después llama (críticamente) *imperativista* a toda concepción de las normas jurídicas que las entienda, básicamente, como medios de impulsar la conducta en uno u otro sentido (p. 341).

[563] Vid. por ejemplo JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/9; y 8/8; JAKOBS, "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal", en *ADPCP*, 1989, p. 633; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 42 y ss.

2.2.2. ¿Es contradictorio afirmar que las normas jurídico-penales son normas prescriptivas cuyo fin es: por un lado informar, crear, (y en caso de defraudación) estabilizar, *expectativas* estandarizadas de conducta; y por otro, exigir/mandar la conducta esperada? Un intento de conciliar ambos postulados desde la teoría de las normas y una propuesta de solución desde la necesaria distinción analítica entre norma primaria y norma secundaria.

2.2.2.1. Introducción

1. Si se parte de una separación entre norma primaria y norma secundaria, y utilizando la perspectiva *ex post* y *ex ante*[564], puede intentarse la búsqueda de una solución que trate de unir dos postulados aparentemente enfrentados, pero que en el fondo no son contradictorios y por tanto, analíticamente podrían agregarse el uno al otro. Y que, desde una teoría de la norma jurídico-penal "conciliadora"[565] quedaría esbozada de la siguiente forma: la norma primaria puede ser a la vez, la exigencia de una conducta adecuada a la norma, y la creación de una expectativa normativa de conducta (también adecuada a la norma). La norma secundaria operaría como coacción/sanción por haber exteriorizado una conducta antinormativa (contraria a la exigida por la norma primaria), y como estabilización contrafáctica de la expectativa normativa defraudada (contenida en la norma primaria), pero también, y ésta es una idea en la que hay que incidir, como estabilización contrafáctica del mandato o prohibición contenido en la norma primaria. Con ello pretendo aportar la siguiente visión: al entrar en juego la *norma secundaria*, el mandato de sanción,

[564] Sobre la perspectiva *ex ante* y *ex post*, de la norma primaria y la norma secundaria, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 360-362; y p. 385.

[565] En este punto desarrollo una visión aportada por SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas", en *Modernas tendencias en la ciencia penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 559 y ss.

y si se quiere, la pena, ésta no sólo sirve para confirmar a toda la ciudadanía que puede seguir confiando en la vigencia de la expectativa normativa de no ser - por ejemplo - matados, sino, y sobre todo, sirve *para confirmar que la prohibición de matar sigue vigente*. Por tanto la secuencia de razonamiento sería la siguiente: como sigue vigente la prohibición de matar (contenida en la norma primaria), entonces sigue vigente la expectativa normativa de que no me maten (también contenida en la norma primaria). En esta secuencia se unen el imperativo y la expectativa de forma lógica, y no de forma contradictoria.

La norma secundaria sirve pues, para estabilizar contrafácticamente la vigencia de los dos contenidos de la norma primaria, es decir, de la expectativa y de la prescripción (prohibición o mandato). La visión que aquí se propone mantiene que la norma secundaria estabiliza dos contenidos y no sólo uno de ellos.

La unión de la norma primaria y la secundaria serviría para informar, garantizar y estabilizar normativamente, la necesidad de comportamientos adecuados a las normas, y para prevenir (dentro de lo posible) los comportamientos contrarios a los exigidos por las normas primarias. Éstos comportamientos externos (y su expectativa) serían a su vez necesarios para facilitar y asegurar unos estándares de convivencia social mínimos, y ello además, implicaría la protección (indirecta si se quiere) de unos bienes jurídicos imprescindibles.

2. En definitiva, lo que aquí se propone, es unir analíticamente dos conceptos: *a)* un concepto de norma primaria como norma imperativa de conducta ("prohibido matar", "tú no debes matar"), en la que se contiene un deber/obligación; deber jurídico-penal que no es sino la necesidad de un comportamiento adecuado a la norma[566]; y *b)* un concepto de norma primaria como norma que crea una expectativa (respecto de las conductas de *alter*) jurídicamente garantizada. Ambos conceptos operan desde una perspectiva *ex*

[566] Vid., ampliamente, el Cap. II, de la "Primera parte" de este trabajo, dedicado a la obligación jurídica.

ante[567], esto es, despliegan su eficacia con anterioridad a la producción del conflicto, anticipándose al mismo. La norma primaria tomada separadamente es una norma que prevé el conflicto y pretende evitarlo. No hay conflicto si la conducta es adecuada a la norma, y si con ello la expectativa no se ve defraudada.

Ahora bien, la norma penal completa, es decir, la norma primaria más la norma secundaria, es, cuando se la analiza conjuntamente, una "norma de conflicto"; dicho de otro modo, es una norma que ya no opera sólo *ex ante* (con anterioridad a la producción del conflicto), sino que opera *ex post*, por medio de la sanción (o de la prognósis de sanción) prevista en la norma secundaria, y es por tanto una norma que pretende regular o solucionar el conflicto que ya se ha generado.

Cuando se produce un homicidio, tienen lugar, desde la perspectiva que ahora estamos analizando, (al menos) dos conflictos: *a)* en primer lugar se produce una conducta que entra en contradicción con la exigida por la norma, y por tanto se produce un primer conflicto, que podríamos denominar "conflicto normativo-comportamental" (estaba prohibido matar - deber negativo - por la norma primaria, estaba prohibido llevar a cabo acciones u omisiones idóneas para ocasionar la muerte de otro, y sin embrago se ha matado); *b)* en segundo lugar, pero desde una perspectiva analítica, simultáneamente, se produce un segundo conflicto: se defrauda la expectativa estandarizada de conducta prevista en la norma, y por tanto se produce un conflicto puramente normativo; la vigencia de la norma ha sido negada por la conducta homicida del delincuente. Entiendo que se dan por ello dos conflictos: uno personal-normativo y otro social-normativo[568].

---

[567] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 385 y nota 325; el autor estima que el juicio de antijuridicidad es un juicio que se realiza *ex ante*, y que ésta es la perspectiva desde la que contempla el hecho la norma primaria.

[568] Las normas penales son normas de conflicto, pero sobre todo, y desde una perspectiva *ex ante*, son normas de convivencia El conjunto de normas primarias jurídico-penales, en un Estado social y democrático de derecho, es una guía básica de conductas

3. En este orden de consideraciones, estimo que estos dos conflictos se dan de forma conjunta cada vez que se comete un delito, y que una teoría de la norma penal debe considerar la posibilidad de estructurarse sobre la base del conocimiento y comprensión de ambos conflictos; y no tan sólo basándose únicamente en uno de ellos. Podrían así unirse[569] la teoría de la norma como norma de determinación (de conductas) con la teoría de la norma como expresión de una expectativa (de conducta) institucionalizada.

Si como he tratado de argumentar en este trabajo, la norma penal es una *norma de conducta*, de ello se sigue que la norma primaria puede ser conceptuada simultáneamente, y no de forma contradictoria, como expectativa de conductas y como norma de determinación de conductas; pues si la norma no pretende influir/motivar/ordenar conductas, difícilmente podrá entonces fijar la expectativa de una conducta que antes no venga exigida/mandada/prohibida por la misma norma. Más que fijar una expectativa normativa de conducta fijaría un puro deseo normativo, una esperanza normativa. Pero entonces faltaría en la secuencia, el mismo requisito lógico que faltaba en la teoría de la norma como norma de valoración; y de nuevo es necesario aportar aquí la secuencia lógica de VON WRIGHT: El dador de la orden (que no es otro que el que fija e institucionaliza la expectativa) *desea* que el resultado del acto prescrito *suceda* (que la expectativa se mantenga estable, vigente). Por lo tanto, *desea* que el sujeto de la prescripción *haga* el acto en cuestión, es decir, que haga que el cambio deseado se produzca. Mandando al sujeto puede *hacer que haga* el acto. *Por tanto da la orden*[570]. De esta forma se crea la obligación/el deber jurídico-penal, y con él la expectativa.

---

necesarias para mantener la convivencia en sociedad, y por ello, las normas penales y el delito, deben analizarse no sólo desde su dimensión individual, sino también desde su dimensión social.

[569] Ampliamente, vid., SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?, cit., pp. 566 y ss.

[570] Cfr. VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., p. 133.

Si se acepta la noción de deber jurídico/obligación jurídica, entonces no puede lógicamente negarse que la norma primaria contenga un mandato, una directiva de conducta, la necesidad de una conducta adecuada a la norma, es decir: un deber. Si se admite que de las normas jurídico-penales se derivan deberes ("Prohibido matar", "Obligado no matar"; "Obligado socorrer", "Prohibido no socorrer"), entonces no cabe otra alternativa que aceptar un contenido directivo y prescriptivo de las normas primarias; y por tanto debe aceptarse que son (al menos en parte) directivas de conducta. Por ello, afirmar la vigencia de la prescripción unida a la vigencia de la expectativa parece, en principio, razonable, al menos para aquella parte de la doctrina que acepta el concepto de obligación jurídica.

2.2.2.2. Las normas primarias jurídico-penales como "standards" de conducta en una sociedad de contactos anónimos. Expectativas y prescripciones

1. En una sociedad cuyos miembros se encuentran en contacto aunque no se conozcan, o no del todo, deben garantizarse "standards" de conducta generales[571]; pues, si no, sólo cabe orientarse tras indagar con tiempo y esfuerzo cómo será el comportamiento que se puede esperar de los demás, siempre y cuando la indagación llegue a buen término. Son precisamente las normas primarias penales, las que contienen y normativizan esos estándares de conducta: prohibiendo la conducta "no standard" ("Prohibido matar"), y formalizando la

[571] Vid., por ejemplo, JAKOBS, "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal" Cuello Contreras (Trad.), en *ADPCP*, p. 633; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho pena*l, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 2001, p. 15; JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., pp. 123 y ss., y pp. 130-131; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/4, 1/7, y 1/7ª; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 71; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 147.

expectativa "standard" (Tú, ciudadano, puedes organizar tu vida en sociedad orientándote en los contactos sociales, y esperando normativamente que los portadores de roles satisfagan el rol general de ciudadano y "no maten"). La norma secundaria funciona como refuerzo de la primaria: refuerza la prohibición y la expectativa, *ex ante*; y *ex post*, en el plano analítico en el que estamos, funciona para estabilizar contrafácticamente tanto la prohibición como la expectativa. (Esto no quiere decir que la norma secundaria, no pueda tener otras funciones, ni que las funciones de la pena sean las mismas que las del mandato de sanción; se trata simplemente de demostrar que en un plano teórico-normativo, y desde un puro análisis de normas, la norma secundaria ejerce - al menos - las funciones que se han señalado).

La sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto presenta generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno. Por ejemplo, cualquiera sabe qué rol ha de desempeñar una persona desconocida con la que uno se topa en un lugar apartado, a saber, que *debe* comportarse de acuerdo con las reglas jurídicas, pero por lo demás no se sabe nada relevante de dicha persona, es decir, se ignora si es propenso a las agresiones o si procura más bien tener un carácter pacífico[572]. Yo sólo puedo organizarme contando con que esa persona anónima cumpla con su rol mínimo de ciudadano, y me organizo respecto a él, con un catálogo de expectativas normativas. Dicho de otro modo, yo puedo esperar de *alter* que comparta el mismo "software normativo" que yo; y el conjunto de normas primarias penales es precisamente el núcleo básico de ese "software" que yo comparto[573] con los demás en sociedad[574]. Yo sé, y *alter* sabe,

[572] Cfr. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., p. 123.

[573] Si uno conoce cuál es el sistema de normas que el otro considera vinculantes, entonces resulta más sencillo orientarse; por ejemplo: quien sabe que otro es un cristiano estricto o un hedonista coherente, puede prever bastantes comportamientos de esa persona, vid.,

y precisamente por ello podemos convivir en el mismo universo social, que está prohibido matar, prohibido lesionar, etc. Por eso yo espero que *alter* no me mate ni me lesione, y *alter* espera que yo no lo mate ni lo lesione. Mediante el conocimiento de la vigencia de esas expectativas normativas yo me organizo en sociedad. Yo confío en que *alter* no va a extender indebidamente su ámbito de organización matándome, precisamente porque yo sé que está jurídicamente prohibido matar. Yo me oriento tanto por las expectativas como por las prohibiciones, es decir, por las normas primarias. Es por ello que el Derecho penal, o al menos, el conjunto de normas penales primarias, es un catálogo normativo de procedimientos comunicativos, es una guía de conductas mínimas para poder participar comunicativamente en sociedad. Es la garantía del núcleo mínimo de conductas necesarias para que el sistema social (en nuestro caso un sistema social y democrático de derecho) funcione[575].

JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 37. Sin embargo estos conocimientos sobre *alter* no son posibles en los contactos masivos y anónimos, como cuando salgo a la calle, voy a la facultad o a ver un partido de fútbol, o participo en el tráfico rodado. Y como señala JAKOBS, *Ob. cit., loc. cit*., por lo tanto ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que éste patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas.

[574] Como ha sido esbozado por JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cancio Meliá (trad.), Mendoza 2002, pp. 56-57, las normas son la estructura de la sociedad, dicho de otro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar. Puesto que se trata de relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización *es* estabilización de la sociedad. […] Quien quiere vivir como personaje privado y aislado, pero pretende disfrutar de una protección penal socialmente organizada, no sabe lo que quiere.

[575] De manera sencilla puede esbozarse de la siguiente manera: Las normas primarias jurídico-penales constituyen una parte de las "reglas mínimas del juego". Y por tanto vendrían a decir - por ejemplo -, tú puedes jugar si no matas, si no robas, y si respetas la libertad sexual de los demás. Y como ha observado LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 85: cualquier tipo de reglas del juego tienen la misma función; vid. también, BOURDIEU, *Poder, derecho y clases sociales*, Bernuz Beneitez y otros (Trads.), Bilbao, 2000, pp. 165 y ss; MERTON, *Teoría y estructura sociales*, cit., p. 144, indicando que las reglas institucionales del juego son *conocidas* por quienes las infringen. Pero la exageración cultural (idiosincrática) del éxito como meta induce a los individuos a retirar a las reglas apoyo emocional.

Una cuestión discursivo-analítica bien distinta es que uno esté de acuerdo con "el juego" o con "sus reglas". Y como señala VON WRIGHT, *Norma y acción*, cit., p. 19, una teoría que combine una lógica de las prescripciones con una lógica de las necesidades prácticas es un *desideratum* urgente para la filosofía de las normas y de los valores.

2. Las normas penales no garantizan, ni pueden garantizar que nadie mate, ni que nadie muera. Las normas penales tan sólo pueden garantizar que sigue vigente la prohibición de matar y la correspondiente expectativa normativa[576]. Las normas penales codifican determinadas reglas del juego, así, los agentes implicados en una acción codificada saben que pueden contar con una norma coherente y sin escapatoria y, por lo tanto, calcular y prever tanto las consecuencias de la obediencia a la norma como los efectos de la transgresión[577]. Esto hace posible una forma de racionalización, entendida como calculabilidad y previsibilidad. Las normas primarias, como hemos repetido en varias ocasiones, aparecen así - en parte - como catálogos de previsibilidades/expectativas[578].

Para orientarse en sociedad, los déficits cognitivos que vienen condicionados por el anonimato deben ser compensados por estándares normativos[579], y éstos se hallan encuadrados en el ámbito penal, en las normas primarias jurídico-penales, que por un lado tienen un contenido prescriptivo y por otro fijan la expectativa. Sólo resulta posible la orientación si no hay que contar en cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra

---

[576] Ya HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., § 97 (agregado) y § 99, consideraba que con el delito se altera algo, y en esta alteración la cosa existe, pero esta existencia es lo contrario de ella misma y por lo tanto en sí misma nula. Lo nulo es haber eliminado el derecho en cuanto derecho. El derecho, en cuanto absoluto, no puede eliminarse, por lo cual la exteriorización del delito es en sí nula y esa nulidad la esencia del actuar delictivo. […] El derecho efectivo es pues la eliminación de esta lesión; precisamente en ello muestra su validez y se acredita como una existencia necesariamente mediada. […] La lesión es, pues, para la voluntad particular del lesionado y de los demás, sólo algo negativo. *Su única existencia positiva es como voluntad particular del delincuente. La lesión de ésta en cuanto voluntad existente es por lo tanto la eliminación del delito - que de otro modo sería válido - y la restauración del derecho.* En términos actuales podríamos decir que la norma secundaria, *ex post*, confirma contrafácticamente la vigencia de la expectativa normativa (negada por la conducta del delincuente), y la vigencia de la prescripción (- mandato o prohibición - infringido por la conducta del delincuente).

[577] En este sentido, vid., BOURDIEU, *Poder, derecho y clases sociales*, cit., p. 218.

[578] También, de modo general, JAKOBS, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, cit., p. 30, observa que el Derecho de la actualidad no garantiza tanto contenidos fijos, sino más bien, condiciones de funcionamiento de una sociedad pluralista.

[579] Cfr. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., p. 128.

persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado[580]. Pues bien, la previsibilidad, o mejor dicho, el catálogo de previsibilidades, el "software de previsibilidades/expectativas de conductas" con el que yo me oriento en sociedad, es, en el ámbito del Derecho penal, la suma de las normas primarias jurídico-penales.

Sobre la base del "software de previsibilidades/expectativas de conducta" yo espero en sociedad determinados desenlaces, justamente porque están *prescritos* por las normas primarias que fijan las expectativas, cuento con ellos y en función de ellos me organizo. Yo sé que está prohibido matar, y por eso espero que no me maten, sé que está prohibido lesionar, y por eso confío en que nadie me lesione, sé que está prohibido robar, y por eso espero que nadie me robe, sé que existe la obligación de prestar socorro, y por ello confío en que si tengo un accidente la gente me prestará auxilio (como contrapartida yo sé que los demás esperan lo mismo de mí: que no los mate, que no los lesione, que no les robe, y que en caso de necesidad, los auxilie).

Por eso uno puede salir a la calle, ir al parque y cruzarse sin temor, y de forma socialmente organizada con miles de personas anónimas. Uno cuenta con que esas personas anónimas manejan y comparten el mismo "software normativo", de previsibilidades/expectativas, pero también de *prescripciones*, que el que uno mismo utiliza. Y la única garantía que tengo es la que me otorga el ordenamiento jurídico-penal[581] mediante el establecimiento de prescripciones de conducta (obligaciones y prohibiciones; deberes negativos y deberes positivos) y también de expectativas normativas de conducta, que a su vez, vienen reforzadas por la norma secundaria.

---

[580] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/4.

[581] Una norma rige mientras a grandes rasgos pueda seguirse como válida, y el quebrantamiento de la norma *no*, dicho de otro modo, mientras *ella*, y no el *quebrantamiento* de la norma, sea quien configure la estructura de la sociedad, cfr., JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, cit., p. 57.

Y en eso precisamente consisten las normas primarias jurídico-penales, organizan la convivencia mínima e indispensable en una sociedad de masas: prohibiendo, ordenando y creando la expectativa normativa de una cantidad mínima y necesaria de *conductas*. La sociedad moderna es una sociedad de masas, lo que en el contexto presente significa que tiene que administrar comportamientos en masa, distintos pero también uniformes de los ciudadanos[582], en este sentido las normas primarias, desde una perspectiva *ex ante*, constituyen estándares de conducta para una convivencia social armónica; estandarizan relaciones e interacciones; si se produce un conflicto, si se da una conducta contraria a la prohibida/mandada por la norma primaria, que defrauda la expectativa, entonces entra en juego el mandato de sanción, la norma secundaria, para confirmar que el estándar de conducta sigue vigente; yo no debo esperar cualquier cosa (como cuando se produce una conducta delictiva), sino que debo seguir guiándome por la conducta estándar; la norma secundaria en este sentido confirma la vigencia social (tras su negación individual por la conducta delictiva) del estándar; ni *la expectativa* ni *la prohibición* han sido expulsadas del "software", sino que han tenido que ser estabilizadas y confirmadas por la norma secundaria.

2.2.2.3. Las normas primarias jurídico-penales en el subsistema penal

[582] Cfr. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., pp. 130-131. Sin embargo, la sociedad moderna no sólo debe ser definida como una sociedad impersonal de masas, vid. en este sentido LUHMANN, *El amor como pasión*, Adsuar Ortega (Trad.), Barcelona, 1985, pp. 13-14, advirtiendo que cuando se parte del punto de vista del individuo aislado resulta válida la tesis de que éste, por lo general sólo puede establecer relaciones impersonales. Hasta aquí, la sociedad - si se entiende como tal la totalidad del conjunto de interrelaciones posibles - aparece como predominantemente impersonal. Pero al mismo tiempo también resulta válido afirmar que el individuo tiene la posibilidad de intensificar, en ciertos casos, sus relaciones personales. […] La sociedad moderna se caracteriza por una doble acumulación: un mayor número de posibilidades de establecer relaciones impersonales, y una intensificación de las relaciones personales. Esta doble acumulación ha podido construirse porque la sociedad es más compleja en su conjunto.

1. Por sistema se entiende aquí, todo aquello que en referencia a un ambiente muy complejo puede ser mantenido constante[583]. Las norma penales buscan mantener la constancia o estabilidad del sistema. Pero, no sólo mediante expectativas, sino también, mediante mandatos y prohibiciones de conductas. Es por ello que el Derecho penal tiene una función eminentemente estabilizadora; las normas penales pretenden evitar que se produzcan ciertos cambios en el mundo, y para lograrlo reprimen *las conductas* que provocan o tienden a provocar dichos cambios[584]. Pero, las normas primarias en Derecho penal, no sólo son prescripciones, sino también expectativas. En este orden de cosas, debe tenerse en cuenta que es la comunicación[585] la que posibilita la existencia de expectativas. Desde el momento en que cada gesto tiene un sentido (normativo en el caso del Derecho penal), cada protagonista sabe lo que puede esperar en el curso de acción siguiente[586]. Evidentemente la expectativa normativa contenida en la norma primaria puede ser defraudada y por ello existe la norma secundaria; por eso decimos que la norma penal completa es una norma de conflicto. En vista de las decepciones de las expectativas, existen dos posibilidades de comportamiento. Se puede mantener la expectativa frente a la decepción y en contra de los hechos (es lo que sucede en Derecho penal), o se puede renunciar a ella[587]. El sistema penal reacciona frente al conflicto respaldando la expectativa y

---

[583] Vid., por ejemplo, LUHMANN, *Teoria politica nello Stato del benessere*, Sutter (Trad.), Milano, 1981, p. 175. Si bien es cierto que para LUHMANN la sociedad no está formada por hombres, sino por comunicaciones entre los hombres, y partiendo de esta premisa, considera al desarrollo social como un aumento de las prestaciones comunicativas (p. 53). Vid., las críticas frente a estas consideraciones que realiza FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell' opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, pp. 153 y ss.

[584] Cfr. ATIENZA, "Para una teoría general de la acción penal", en *ADPCP*, 1987, p. 11, afirmando que las normas primarias prohiben (tipifican como delictivas) determinadas acciones productoras y, en consecuencia, establecen como obligatorias las correspondientes omisiones. Por el contrario, respecto de las acciones mantenedoras, el Derecho penal - en la medida en que se interesa por ellas - las considerará obligatorias y, en consecuencia, lo que se tipifica como delito (acciones prohibidas) son las correspondientes omisiones.

[585] Vid. LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 87 y pp. 102-103.

[586] Vid., GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", cit., p. 238.

[587] Cfr. LUHMANN, *Ob. cit*., p. 103.

confirmando la vigencia de la prohibición en los eventuales casos de defraudación. Sin embargo, en general, la defraudación no será la regla, sino la excepción[588].

2. Como expone GARCÍA AMADO, en el supuesto hipotético de que dos individuos se encontraran en pleno y total estado de naturaleza, la complejidad sería total, pues ninguno sabría lo que puede esperar del otro, cualquier acontecer sería posible en una situación así. La sociedad, constituida en, y por la comunicación, precisamente es posible en base a reducir esa complejidad[589]. Por ello, el sistema social de referencia se divide en subsistemas, uno de ellos es el derecho, y dentro de éste, otro subsistema es el Derecho penal.

El subsistema penal tiene como cometido resolver un ámbito delimitado de problemas y reducir parcelas de complejidad para facilitar la comunicación social. Desde esta perspectiva, las normas primarias por medio de un contenido prescriptivo, permiten establecer pautas de conducta y dar lugar a la formación de expectativas[590]. El Derecho penal selecciona un estilo *normativo* de

---

[588] En este sentido, GARCÍA AMADO, *Ob. cit., loc. cit*., razona que cada individuo interviniente en la comunicación social conoce qué expectativas se siguen de los comportamientos ajenos y conoce también qué expectativas se forjan los demás a partir de sus propios comportamientos. Enlazando con las reflexiones de GARCÍA AMADO, podemos observar que en función de las normas primarias jurídico-penales existentes en una sociedad, los ciudadanos tendrán expectativas de expectativas a partir de la vigencia normativa de la expectativa y de la prescripción de determinadas conductas, con lo que el caos de lo imprevisible, la total contingencia, se ve sustituido, en la convivencia social por el orden de lo esperable. Y en Derecho penal lo esperable, lo previsible, en definitiva, las expectativas de conducta se hallan en las normas primarias. Ellas reducen la complejidad y regulan el caos.

[589] Cfr. GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", cit., p. 239.

[590] Ampliamente sobre la visión de Luhmann, vid., GARCÍA AMADO, *Ob. cit.,* pp. 240 y ss., y *passim.* Vid. también PRIETO NAVARRO, "Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social", cit., p. 269, explicando la función del derecho desde un punto de vista luhmaniano: El derecho (penal) se estructura como un sistema de comunicaciones que atiende a la función de protección de expectativas normativas de conducta. Las expectativas que protege el Derecho penal son las que denominamos *normativas*. Las expectativas normativas son aquéllas que han de ser mantenidas incólumes, ante la decepción que pueden sufrir eventualmente a manos de una realidad que a menudo les es refractaria. Esperamos algo *normativamente* cuando ante la aparición de la frustración, de la contradicción de los hechos, podemos seguir legítimamente manteniéndonos en la validez de nuestra expectativa, sabiendo

expectativas[591], porque cree que las expectativas deben mantenerse incluso en caso de una decepción[592], porque las considera justificadas[593]. El Derecho penal

---

que contamos con el respaldo institucional ante el acto de resistencia. La normatividad no es otra cosa que contrafacticiad, susceptibilidad de no aprendizaje ante la falta de ajuste con la realidad, frente a la cognitividad que demanda un aprendizaje de lo nuevo.

[591] Cuando alguien penetra en el mundo de la *Naturaleza* abriga determinadas expectativas cognitivas; así por ejemplo: los árboles no se caen, los puentes tampoco, etc. Estas expectativas radican en procesos de aprendizaje ganados al trato con la naturaleza. En la *Sociedad*, esto es, en el campo de los contactos sociales, el Hombre debe poder recurrir a expectativas análogas. Tratándose de contactos sociales, la orientación es tan solo posible cuando en todo momento no se tiene que contar con un comportamiento cualquiera de los otros, puesto que si no, cada contacto se encontraría impregnado de un riesgo incalculable. En estos casos la observación no es suficiente; aquí se debe poder, por tanto, confiar en unas determinadas reglas. Acontece que hay veces en que las expectativas que se tiene de la naturaleza son defraudadas, por ejemplo, cuando un árbol o un puente caen. Pero se sabe que la Naturaleza se rige según determinadas reglas que no pueden ser cambiadas, y por tanto, en este caso, el sujeto se acomoda y aprende, por ejemplo, a comportarse en el futuro (modificando su comportamiento) tomando precauciones a la hora de cruzar un puente inestable. A esta forma de trabajar con las defraudaciones se le llama aprendizaje cognitivo. No ocurre lo mismo en la *vida social*. Cuando se tiene enfrente a *un igual*, que ha defraudado expectativas aseguradas jurídicamente, no es necesario adaptarse, esto es, resolver el conflicto mediante aprendizaje; por ejemplo, no es necesario en el futuro llevar siempre un chaleco antibalas. Al contrario, en este caso se reacciona de distinta forma, el conflicto ya no se localiza en nuestro propio comportamiento (como frente a la naturaleza), sino en el comportamiento del delincuente, y se deja constancia de las expectativas contrafácticamente. Contrafácticamente significa frente al suceso, contra lo sucedido. Aquí se asienta la función de la pena. No sólo para la persona afectada (defraudada) en el caso concreto, sino para cualquiera, en definitiva para la Sociedad en su conjunto, debe ser demostrado que el fallo se encontraba en el comportamiento del autor. La pena tiene un significado muy concreto, y es aclarar que el comportamiento del autor contrario a la norma no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. La pena sirve para la estabilización de expectativas que se pueden abrigar en la vida en Sociedad, Cfr. exhaustivamente, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 34 y ss; y LESCH, *La función de la pena*, Sánchez-Vera (Trad.), Madrid, 1999, pp. 47-49.

[592] En opinión de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona (en una teoría de un Derecho penal funcional)*, Cancio/Feijoo, (Trads.), Bogotá, 1996, p. 11, La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de una sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. […] La sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo.

[593] Cfr. LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 104, quien señala que, al contrario, se escoge un estilo *cognitivo* de expectativa, cuando se quiere expresar que las expectativas tienen que corregirse en caso de decepción. Por medio de esta diferenciación LUHMANN define el conocimiento como un *sentido cognitivamente estilizado*, y designa el Derecho como *sentido normativamente estilizado*. En el ámbito del Derecho penal la metarregla diría: mantén la estructura y externaliza tu decepción. Esta es la diferencia entre *cognitivo* (dispuesto a aprender) y *normativo* (no dispuesto a aprender), p. 105. Siguiendo a Luhmann, vid., ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de*

protege, como función propia, expectativas normativas de conducta; pero no sólo protege expectativas, también protege la vigencia del contenido prescriptivo de la norma primaria, y es evidente que mediante la expectativa y mediante la prescripción, la norma busca que no se produzca un estado de cosas desvalorado por la norma primaria, siguiendo con el ejemplo clásico, busca que "no se mate", es decir, desaprueba conductas homicidas, y una razón por la que se desvaloran conductas homicidas es porque se valora la vida. Por tanto la norma primaria no sólo protege expectativas, sino también bienes jurídicos. No parece contradictorio afirmar que pueda proteger ambos elementos simultáneamente. Pero debe tenerse en cuenta que la norma jurídico-penal sólo puede garantizar la vigencia de la prescripción y de la expectativa, pero no puede garantizar la conducta conforme a tales prescripciones y a tales expectativas. Por lo tanto, tan sólo *indirectamente*, la norma penal puede proteger bienes jurídicos[594]. Pero que lo haga indirectamente no quiere decir que no lo haga. Dicho de otra forma: la norma secundaria, el mandato de sanción funciona, directamente, para confirmar la validez y la vigencia de la prescripción y de la expectativa, es decir, de la norma primaria[595]. Pero también puede considerarse el valor, el bien jurídico, el

---

garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá, 1995, pp. 30 y ss; Vid. también LESCH, *La función de la pena*, cit., pp. 48-49.

[594] HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., § 99, afirmaba que lo único que importa (estamos hablando de un plano normativo/simbólico/dialéctico) es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio (es decir, no como la lesión causal naturalista de un bien jurídico), sino como lesión del derecho en cuanto derecho. Actualmente podríamos decir que la norma secundaria protege/estabiliza/confirma la validez normativa de la norma primaria. Ampliamente, vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/8 y 1/9, al observar que la decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de una norma, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual "persona singular", sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. […] La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede sanar dichas consecuencias. […] Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación; vid. también JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit., pp. 21 y ss. No muy lejano, ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, cit., p. 114, al exponer que las normas jurídicas no están interesadas en el individuo y su entorno, sino en la organización externa del intercambio social, es decir, en el Estado como institución social.

[595] En cuanto a las críticas de que la norma se protege a sí misma, (y por tanto no protege bienes jurídicos) JAKOBS, ha contestado en *ZStW* 107, 1995, pp. 843 y ss, que: la mera circunstancia de que se trate de la protección de una norma, no afirma que se trata de la

elemento axiológico de la norma primaria como susceptible de ser concebido como una expectativa y por tanto también susceptible de ser estabilizado contrafácticamente[596]. Por ello, y en un plano normativo, la norma secundaria también estabiliza contrafácticamente el contenido axiológico que pudiera existir en la norma primaria. Y tal función no entra en contradicción con sus otras funciones estabilizadoras, por ello tampoco parece contradictorio afirmar que la norma jurídico-penal protege (estabiliza contrafácticamente), también, su propio contenido valorativo[597].

---

protección de una norma en sentido enfático [...] Se trata del Derecho penal […] de aquella sociedad que ha desatado un sistema jurídico diferenciado. […] Si se trata en definitiva de una sobrecriminalización o de la defensa innecesaria de un núcleo, es algo que sólo se puede decidir políticamente, pero no científicamente a través del Derecho penal. (Cit. por PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante...*, p. 87, en nota 138).

[596] En este sentido, LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas*, Nicolás Muniz (Trad.), Madrid, 1983, p. 36, considera que la formación de valores es el principio primero, pero no suficiente por sí sólo, de la reducción de la infinitud. Reconducidos a la forma elemental del vivenciar, los valores son expectativas. […]Los valores son, pues, expectativas contrafácticamente estabilizadas.

[597] Puede deducirse de estas observaciones, que la norma primaria jurídico-penal, con su triple contenido: el axiológico, el prescriptivo, y el de la expectativa, aparece como el "objeto de protección" de la norma secundaria. La norma secundaria (el mandato de sanción, la pena) protege y estabiliza contrafácticamente la vigencia normativa del valor, de la prescripción y de la expectativa. Por tanto puede razonarse que la norma primaria es el bien jurídico inmediatamente protegido por la norma secundaria. Y por ello puede afirmarse (aunque parezca tautológico o circular) que la norma se protege a sí misma; sólo que, en un plano analítico, la afirmación correcta sería que: la norma secundaria protege a la norma primaria. Aunque con ello no se está negando la posible existencia de otros bienes jurídicos; tan sólo se pretende demostrar que desde un análisis de normas, la norma primaria aparece (inmediatamente) como el bien jurídico tutelado por la norma secundaria, (también parece admitir este extremo, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit., pp. 71-72, en nota 65). Esta visión es, en parte, coincidente con la de JAKOBS, sólo que él no llega a esta conclusión desde una separación entre norma primaria y norma secundaria. Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/2: "La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso - aun contradiciendo el lenguaje usual - se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico penal*". En opinión de JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., pp. 135-136, las personas en derecho no se caracterizan primordialmente por la seguridad óptima de sus bienes, sino por ser reconocidas de manera general como portadoras de obligaciones y derechos, es decir, por ostentar el correspondiente status. Un hecho penal no puede definirse como lesión de bienes, sino sólo como lesión de la juridicidad. La lesión de la norma es el elemento decisivo del hecho penal, como nos enseña la

2.2.2.4. La necesaria unión entre expectativas y prescripciones

1. Como puede observarse, he mantenido hasta aquí, transversalmente a lo largo de este trabajo, una posición que trata de conciliar dos planteamiento sobre las normas en principio enfrentados: la norma como expectativa[598] (de conducta), y la norma como prescripción[599] (de conducta). En este último apartado intento seguir con la armonización de ambas posturas, desarrollando una reciente propuesta de SILVA SÁNCHEZ[600].

---

punibilidad de la tentativa, y no la lesión de un bien. […] Tampoco la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención de los delitos se encuentran, con respecto a la pena en una relación excesivamente elástica como para poder pasar por funciones de la misma. La pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este - si se quiere - fin de la pena siempre.

[598] Para LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 47-48, el deber-ser de la norma de que se trata en Derecho penal no es un *imperativo*, sino un *símbolo* para la expectativa de *vigencia* contrafáctica de la norma. Contrariedad a ésta no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al *contenido* fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así por ejemplo, la contrariedad a la norma no se determina a través del contenido descriptivo "tú no debes golpear a nadie mortalmente", esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de un homicidio final. La *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico-penal* no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el campo de la defensa frente a peligros (esto es en el ámbito del *derecho de policía*), sino que sólo se refiere a la *vigencia* de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho.

Lo que no resuelve LESCH, cuando afirma "...muestra con ello la negación de su *obligatoriedad*...", es de dónde infiere él la "obligatoriedad" de la norma. Y no lo explica precisamente porque ello implicaría directamente aceptar que la *obligatoriedad* de una norma jurídico-penal reside en el contenido prescriptivo/imperativo de la norma primaria que él mismo acaba de negar. Ése es el núcleo de la contradicción. Tampoco explica que el contenido de la *obligatoriedad* lo es respecto a una conducta exigida por la norma primaria del estilo "tú no debes golpear a nadie mortalmente", y no lo hace porque acaba de negarlo. Las afirmaciones de LESCH no serían contradictorias si finalmente no hiciese uso del concepto de "obligatoriedad"; pero al manejar un concepto de "obligatoriedad", y al mismo tiempo negar el concepto de prescriptividad/imperatividad, se cae en una contradicción lógica.

[599] Sobre la teoría imperativa de la norma, vid., las pp. 106 y ss, del Cap. III (La norma penal), de este trabajo.

[600] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", cit., pp. 559 y ss., especialmente pp. 566 y ss. También pueden verse

Entiende SILVA SÁNCHEZ, que el concepto de norma como expresión de una expectativa de conducta institucionalizada, defendida por JAKOBS y LESCH, y el concepto de norma como norma de determinación, que es la base dogmática de las doctrinas del injusto personal hoy dominantes, *son compatibles*[601].

Para compatibilizar ambas teorías de las normas, SILVA SÁNCHEZ basa su análisis en una necesaria distinción de los destinatarios. Así, el concepto de norma *como expectativa* se centra en la relación del Derecho penal con cada ciudadano en tanto que *no delincuente potencial*, en tanto que *víctima potencial*, o sencillamente en tanto que *alguien interesado en su seguridad*. Para este grupo de destinatarios la norma supone una fuente de orientación[602].

Por otra parte, el concepto de norma como *directiva de conducta* se dirige al ciudadano en tanto que *delincuente potencial* o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción. Con respecto a éste, la norma es un mandato o prohibición[603]. Expresado con otros términos, y como ya se ha afirmado en páginas anteriores: uno toma la norma primaria como modelo de orientación (expectativa), precisamente porque sabe que los demás tienen prohibida la conducta contraria a la norma (prescripción)[604]. Esto muestra un aspecto de la integración de los elementos de la acción en roles institucionalizados. El punto de partida es la significación crucial de la

---

planteamientos similares en PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito", en *DOXA*, *Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 23, 2000, pp. 314 y ss.

[601] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., pp. 563-564, y p. 566.

[602] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", p. 566.

[603] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., p. 567.

[604] Es inherente a un sistema de acción que ésta se encuentre "normativamente orientada". Ello se sigue del concepto de expectativas […]. Las expectativas, en combinación con la "doble dependencia" de los procesos de interacción, crea el problema crucialmente imperativo del orden. Pueden ser distinguidos, a su vez, dos aspectos de este problema del orden: el orden en los sistemas simbólicos que hace posible la comunicación, y el orden en la mutualidad de la orientación motivacional hacia el aspecto normativo de las expectaciones, vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., pp. 54-55.

interacción y la *complementariedad* correspondiente de las expectativas. Lo que son *expectativas* para *ego* son *sanciones* para *alter, y viceversa*, porque en las expectativas de cualquier rol se encuentran definiciones de *cómo hay que actuar* en relación con los otros, y estas definiciones están estructuradas de acuerdo con la dimensión conformidad-desviación[605]; en el ámbito penal, las definiciones de cómo hay que actuar (que no son sino obligaciones o deberes) en referencia a las expectativas del *status-rol*, se encuentran en las normas primarias. *La expectativa implica complementariamente una obligación, y ambas se infieren de la norma primaria.*

En palabras de SILVA SÁNCHEZ:

> Quien se centra en la norma como fuente de *expectativas* (orientación) para los ciudadanos no debería, por tanto, perder de vista que esta perspectiva se complementa con una vertiente de *directivas* para los mismos ciudadanos (en su faceta de autores potenciales). De modo que resulta unilateral fijarse únicamente en los ciudadanos, como sujetos fieles al derecho (víctimas potenciales) y no como autores potenciales o viceversa: pues en cada sujeto confluyen las dos vertientes. Si la norma puede ser, para unos, fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos, diríamos seguramente, en un lenguaje prefuncionalista) ello es porque para los otros es directiva de conducta (fuente de deberes)[606].

Se entiende por tanto que las expectativas de los ciudadanos en cuanto a sus relaciones con los demás se estabilizan normativamente (contrafácticamente) a un doble nivel. En primer lugar, ya antes (no en términos cronológicos sino analíticos) de su frustración, mediante su incorporación a normas de conducta que se imponen como vigentes y válidas a todos los demás; y en segundo lugar mediante la imposición de la pena[607]. Desde mi punto de vista, estimo, fundamentalmente de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, que la norma primaria contiene *ex ante*, tanto una expectativa de conducta, como una prescripción (la

---

[605] Vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 58; vid. también, p. 55: en el caso de un actor concreto (ego) existe en seguida un sistema de expectativas relativo a otro dado (alter).

El sistema de expectativas en el ámbito penal, es el conjunto de normas primarias jurídico-penales de conducta.

[606] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", p. 567, vid. también, pp. 568-569.

[607] Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., pp. 569-570.

necesidad de una conducta adecuada a la norma, es decir, un deber de actuar u omitir). Y que *ex post*, la norma secundaria estabiliza contrafácticamente tanto la expectativa normativa, como el contenido prescriptivo, e incluso, como hemos visto, también el axiológico. Las normas primarias son expectativas y prescripciones de conductas que deben soportar la resistencia de los hechos[608], que una vez decepcionadas e infringidas deben estabilizarse de nuevo normativamente, a través de la negación del hecho, de la conducta, con la imposición de la pena. El mandato de sanción, la norma secundaria, no pretende regular conductas, o al menos no directamente. La pena[609], la norma secundaria, aparece como la negación social-normativa de la conducta individual, infractora de la prescripción y negadora de la vigencia de la expectativa.

2. Ha constatado SILVA SÁNCHEZ[610], que una lectura de los textos del propio JAKOBS podría llevar a pensar que en su planteamiento llegan a darse las bases para afirmar la compatibilidad de los dos aspectos de la norma, el directivo y el de expresión institucionalizada de expectativas. Y que si JAKOBS acepta y utiliza el concepto de "obligación jurídica", "deber jurídico", como así puede observarse en toda su obra, entonces la conciliación de las tesis de JAKOBS con las que conciben la norma como directiva de conducta, paradójicamente, no sea tan difícil en el plano estructural. Pues bien, eso es precisamente lo que en este estudio se defiende. Por ello, a continuación intento, brevemente, buscar algunos

---

[608] La comisión de un delito, la exteriorización de una conducta delictiva, demuestra que el sistema de expectativas y de prescripciones (de las normas primarias) se ha vuelto inestable; y por ello, la norma secundaria, o la imposición de una pena, busca restablecer el equilibrio, y pretende (normativamente) volver a afirmar, o confirmar, la operatividad del sistema. (Entiendo por sistema: el conjunto de normas de conducta, que también puede ser interpretado como sistema de expectativas, y que en un ambiente muy complejo puede ser mantenido constante).

[609] Para un concepto de pena con un contenido puramente simbólico-normativo, y comunicador (desplegando sus efectos en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico), vid. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., § 93 a § 101, y § 218. Para una construcción jurídico-penal normativista basada en la teoría de la pena de HEGEL, vid., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 29 y ss., y pp. 83 y ss.

[610] Vid. SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", cit., pp. 568-569.

puntos de unión entre las teorías de JAKOBS, y la necesidad de conceptuar la norma primaria, *también*, como norma directiva de conductas.

3. En primer término, parece necesario admitir que JAKOBS une de manera expresa el concepto de expectativa y el concepto de deber (y aquí entiendo por *deber:* el contenido prescriptivo de la norma primaria, la obligatoriedad de una determinada conducta para el *portador del deber*; pero desde otro ángulo es también fuente de expectativas para quien *observa al portador del deber*), en el elemento "persona", como elemento del sistema normativo[611]. Y ya de esta conexión entre expectativa y deber, debería lógicamente derivarse que JAKOBS acepta - implícitamente - el contenido prescriptivo de la norma primaria[612], que es precisamente lo que trato de demostrar. En segundo término, hay que preguntarse qué entiende JAKOBS por *norma de comportamiento*, cuando señala que: "Sólo quien *vulnera la norma de comportamiento* siendo responsable, esto es, siendo culpable, vulnera esta norma, y en esta vulneración de la norma es donde cristaliza la finalidad de la pena"[613]. ¿Qué dice la norma de comportamiento? ¿De dónde se infiere? La respuesta, que

---

[611] Vid. JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 4-5.

[612] También es contradictoria la posición mantenida por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 174, al defender una teoría de las normas como expectativas institucionalizadas, y acto seguido utilizar el concepto de deber jurídico con efectos vinculantes, y al mismo tiempo negar un contenido prescriptivo de las normas primarias jurídico-penales. ¿De dónde se infiere entonces la existencia de una obligación/deber jurídico-penal? Si hubiese que contestar a esta cuestión habría que hacerlo del siguiente modo: el deber jurídico se infiere de la norma jurídica, y en derecho penal, de la norma primaria jurídico-penal. Y si *deber* es la exigencia de una conducta adecuada a la norma, es decir, una directiva de conducta del estilo "Prohibido matar", entonces ¿Cómo negar el contenido prescriptivo/imperativo de la norma primaria? Ya que lo que no puede negarse desde planteamientos lógicos es que "Prohibido matar" sea - cuanto menos - una directiva de conducta. Por ello cuando se aceptan, y se utilizan dogmáticamente los conceptos de *expectativa* y de *deber* se está, implícitamente, aceptando una teoría de la norma en la que puedan residenciarse ambos contenidos. De lo contrario, se estaría manteniendo un concepto de *deber*, no como deber jurídico penal derivado de la norma primaria jurídico-penal, sino como una entidad previa y superior al propio derecho positivo penal.

[613] Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 123.

JAKOBS no da, debería ser: la norma de comportamiento dice, por ejemplo, "Prohibido matar/obligado no matar", y por tanto es una norma directiva de conductas o norma de determinación. Y esta norma de comportamiento está contenida, desde un plano teórico, en la norma primaria jurídico-penal, y por ello, las normas jurídico-penales son *prescripciones*. Si se utiliza el concepto de *norma de comportamiento* deben aceptarse estos extremos, de lo contrario la norma de comportamiento no tiene sentido, es un concepto vacío. Es por ello, que cuando JAKOBS utiliza *la norma de comportamiento*, implícitamente está aceptando un contenido prescriptivo, directivo de conductas de las normas primarias penales. De lo contrario, habría que aceptar que la norma de comportamiento no tiene como destinatarios a las personas, sino al propio sistema, y que el propio sistema se comunica a sí mismo una regla de comportamiento[614]. Pero esta conclusión no parece que sea asumida por JAKOBS.

Expone JAKOBS[615] que en un sistema normativo, en lugar de la expectativa cognitiva (¿Qué hará X? Probablemente no delinquirá), aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡X no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino que se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable. Persona es, por lo tanto, el destinatario de expectativas normativas, la titular de deberes, y en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a

---

[614] Ya RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cit., p. 50, razonaba que del carácter normativo del derecho se origina la doble posibilidad de actuar de acuerdo con él o en su contra, y con ello se nos dan los conceptos de *juridicidad* y *antijuridicidad,* ante los cuales todo hecho jurídico ha de demostrar la obligatoriedad a priori. De la validez del derecho para la vida de los hombres en común, para las relaciones de unos con otros, se sigue que su contenido debe estar construido por *relaciones jurídicas*, que fundamentan como sus elementos: *deberes jurídicos* y *derechos subjetivos*; no puede pensarse orden jurídico alguno que no pueda descomponerse en relaciones jurídicas, en derechos y deberes. Y, a su vez, no cabe pensar derechos y deberes sin sujetos en quien residan y sin objetos a qué referirse.

[615] Cfr JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 5; y vid. también, p. 9, donde afirma que: la persona es la unidad ideal de deberes y derechos. […] Por consiguiente, el mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros […].

otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social.

Puede apreciarse, claramente, que este panorama normativo, coincide con el esbozado por SILVA SÁNCHEZ, al distinguir dos tipos de destinatarios de la norma primaria (como titulares de deberes - prescripciones - , y como titulares de derechos - expectativas -). Pero la afirmación de JAKOBS, de que la persona es titular de deberes, encierra en sí misma la necesidad de aceptar el contenido prescriptivo de la norma primaria. Expresado con un ejemplo: si una persona es titular de un deber (extremo que JAKOBS acepta[616]), "no debes matar"/"prohibido matar"/"obligado no matar", en definitiva, el *deber de no matar*; cabe entonces preguntarse ¿De dónde deriva ese deber jurídico penal? Y la respuesta, desde la perspectiva mantenida en este trabajo[617] es clara: el deber, la necesidad de una conducta adecuada a la norma, la directiva de conducta, está contenida en la norma primaria *junto* a la expectativa normativamente institucionalizada.

Parecidos argumentos pueden mantenerse ante el siguiente enunciado de JAKOBS: "La persona no actúa conforme a un esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a una esquema *de deber* y de espacio de libertad"[618]. De nuevo las pregunta serían: ¿De donde derivan en el ámbito

---

[616] JAKOBS, basa gran parte de su desarrollo teórico en la utilización de dos grandes tipos de deberes: los *deberes negativos*, es decir, los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia; y los *deberes positivos* para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, vid., por citar sólo dos ejemplos, JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación" en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 641; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., p. 13: Los deberes que competen a todos en la relación negativa son los deberes correspondientes al rol general del ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva son los deberes de los titulares de un *status* especial. Ampliamente sobre la existencia y distinción de los deberes negativos y los deberes positivos en el ámbito del Derecho penal, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 27-153.

[617] Y si lo he entendido bien, también para SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", cit., pp. 566 y ss.

[618] Cfr. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit., p. 17. En sentido parecido, PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 44, al advertir que cuando se habla de sociedad, como aquí va a ser hecho,

jurídico-penal dichos deberes? ¿Y en qué consisten?; la respuesta sería: Los deberes jurídico-penales derivan de las normas primarias, y consisten en necesidades de conductas adecuadas a la norma, esto es, directivas de conducta: "Tú no debes matar", "Prohibido matar", "Tú tienes la obligación de no matar". Y de nuevo, vinculado al concepto de deber, aparece el contenido prescriptivo de las normas jurídico-penales[619].

4. Pero en una construcción normativa no debe ignorarse que las personas se influyen entre ellas recíprocamente, aunque a esto se le denomine "comunicación"[620]. Y que la externalización de esa comunicación tiene lugar por

---

se habla de una sociedad en la que solamente "personas" pueden comunicar, porque a ellas se les ha asignado una tarea para cumplir en beneficio del grupo, tarea que se corresponde con los *deberes* que se tiene en derecho.

[619] JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Sánchez-Vera (Trad.), Bogotá, 1996, pp. 31-32, reconoce que en Derecho penal es habitual entender las normas, no como expectativas institucionalizadas, sino como imperativos dirigidos a personas, o más exactamente a la psique de personas. Desde este punto de vista una prohibición debe impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; un mandato, por el contrario, debe motivar precisamente a una determinada actividad. […] Una prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal, mientras que, al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Pero JAKOBS, tras afirmar que si este modelo es especialmente afortunado o si es una construcción elegante, es una cuestión que no puede tratar en ese lugar, utiliza para sus construcciones, sin ningún problema, los conceptos de prohibiciones y mandatos. De hecho, que JAKOBS utilice un supraconcepto normativo como "la competencia en virtud de organización", no excluye ni es contradictorio con el hecho de que esa competencia deberá construirse mediante subconceptos como los de prohibiciones y mandatos, es decir, de nuevo, mediante normas de conducta imperativas. Y por ello, en pp. 34-35, puede observarse que para JAKOBS, los "deberes" (como el de aseguramiento en el tráfico),surgen de los "mandatos" en virtud de una competencia por organización, pero esos *mandatos*, a su vez incluyen (mandatos y prohibiciones de conductas, como por ejemplo la prohibición de acelerar o el mandato de frenar) con lo cual, se siga la vía que se siga, si se acepta el concepto de deber jurídico, se termina por asumir la existencia de imperativos normativos de conducta en las normas, como son las prohibiciones y los mandatos, y con ello un *contenido prescriptivo en toda norma primaria jurídico-penal*.

[620] LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 50, explica que un observador es capaz de tener la libertad de identificar algo de manera global. […] interesa el hecho de que esta manera sea capaz de intencionalizar, de entenderla como un evento llevado a cabo por una intención. De este modo, se funden en una unidad elementos operativamente separados, conscientes y comunicativos. Sin embargo, vista de esta manera, la intención no es un estado de cosas natural, fundamentado y en última instancia, de carácter neurofisiológico, sino una identificación compacta de la causa de una acción que tiene lugar a través de una atribución. Esa

medio de *conductas*. Y no parece coherente ignorar que las normas primarias y las normas secundarias también influyen (o pueden influir) en la conducta de las personas. Es por ello que por medio de la prescripción, el mandato o la prohibición, las normas primarias buscan una conducta adecuada a la norma, y por eso no son meras expectativas de conducta[621]. Y es también por ello que la norma secundaria busca negar la validez de las conductas contrarias a la norma primaria, y pretende influir en la conducta de los ciudadanos informando que "el delito", "la conducta delictiva", "la conducta contraria a la norma" no es la regla válida del juego. Y creo que esa posibilidad/necesidad de motivación y de influencia, tanto de la norma primaria como de la norma secundaria es un prerrequisito ontológico básico y necesario para posteriormente construir un sistema normativo con vocación de utilidad práctica, y no un sistema normativo puramente teórico. Los delitos, las infracciones de las normas y las defraudaciones de las expectativas tienen lugar en la sociedad. Las maneras desviadas de llegar a las metas tienen lugar dentro de los sistemas sociales.

---

acción, conduce, finalmente, a que también la comunicación se conciba como acción y se reduzca a ello.

[621] En este orden de consideraciones, y sin llegar a entrar en un debate profundo sobre teoría de la pena, sí que conviene demostrar, desde la teoría de las normas, y desde su división teórica entre norma primaria y norma secundaria, y desde la consideración de la norma primaria como expectativa y a la vez con un contenido prescriptivo, que determinadas afirmaciones de LESCH, *La función de la pena*, cit., p. 50, pueden ser matizadas. LESCH, desarrollando una teoría de la pena con bases hegelianas, y considerando la pena y el delito como actos simbólicos con un contenido simbólico comunicador; y conceptuando la pena como una estabilización contrafáctica de la vigencia de la norma sin ninguna aspiración preventivo-prospectiva, afirma, consecuentemente, lo siguiente: "En efecto no se trata aquí de fines preventivos, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento" (p. 50). Desde las posiciones mantenidas en este trabajo, creo posible afirmar lo siguiente: La entidad específica que pretende "la evitación futura de determinadas formas de comportamiento" es la norma primaria, y por ello, además de crear una expectativa normativa, prohibe -por ejemplo - el homicidio; esto es, prohibe/manda determinadas formas de comportamiento con el objetivo de que se produzca el cambio esperado/exigido en la realidad. Si la norma secundaria, el mandato de sanción se impone, según LESCH, para reforzar y estabilizar contrafácticamente la vigencia del contenido de la norma primaria, entonces, debe aceptarse que refuerza y estabiliza, también, la "prohibición de matar" (que no es sino la prohibición de conductas hipotéticas y futuras); y de ello se infiere, lógicamente, que la norma secundaria (la pena), acaba reforzando y estabilizando "la evitación futura de determinadas formas de comportamiento". Por lo tanto, la prevención también está presente en esta teoría, aunque no se tienda a ella directa y especialmente. Quizás no sea éste un efecto perseguido por esta teoría, pero no deja de ser, conceptualmente, un efecto inducido, que por tanto debe tenerse en cuenta.

En consecuencia, la conducta desviada afecta no sólo a los individuos que por primera vez se entregan a ella, sino que afecta también, en alguna medida, a otros individuos con quienes tiene relaciones dentro del sistema[622]. MERTON describe la situación en los siguientes términos:

> Una frecuencia creciente de conducta desviada (delictiva) pero con "buen éxito" tiende a disminuir y, como potencialidad extrema, a eliminar la legitimidad de las normas (primarias) institucionales para los demás individuos del sistema. El proceso, pues, amplía la extensión de la anomia. […] De esta suerte, la anomia y las proporciones crecientes de conducta desviada pueden concebirse como *influyéndose mutuamente* en un proceso de dinámica social y cultural, con consecuencias cumulativamente destructoras para la estructura normativa (para las normas primarias), a menos que entren en juego mecanismos de control que lo contrarresten (normas secundarias).[623]

¿Cómo negar entonces que las normas primarias y las normas secundarias pretenden influir en la conducta de las personas? Sin capacidad o vocación de motivación y de influencia sobre las personas y sus conductas, las normas penales no tendrían sentido. ¿Cómo mantener el juego sin reglas del juego (considerando además que "el juego" no es sino la suma de "sus reglas")? ¿Y qué son las normas del juego, sino normas de conducta para los jugadores? Simplificando: El juego es la sociedad, el sistema social; las reglas del juego (en nuestro caso) son las normas primarias jurídico-penales (que cuentan en caso de conflicto, con el mecanismo estabilizador/sancionador de las normas secundarias), prohibiendo y ordenando determinadas conductas; y los jugadores son las personas titulares de derechos y deberes jurídicos. Y todo este entramado no es posible sin el *prerrequisito necesario de la motivación adecuada* de los destinatarios[624] de las normas jurídico-penales.

---

[622] Cfr. MERTON, *Teoría y estructura sociales*, cit., p. 187.

[623] Cfr. MERTON, *Teoría y estructura sociales*, cit., pp. 187-188 (los añadidos entre paréntesis son míos); PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 53, observa también, que las tendencias a la conducta desviada por parte de los actores componentes plantean "problemas" funcionales para el sistema social, en el sentido de que éstas tienen que ser contrarrestadas por "mecanismos de control", a menos que tengan que seguirse consecuencias disfuncionales.

[624] Distinta es la conclusión de LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 24-25.

Sólo sería válido el plano simbólico (de expectativas y estabilizaciones contrafácticas) como único plano para el análisis de normas, si el programa sólo tuviese que procesar normas y sucesos normativos en estado puro. Pero desde el momento en que tales sucesos sólo son sucesos normativos en la medida en que son atribuibles, imputables a una determinada conducta de una determinada persona, entonces ya no puede prescindirse de este plano[625]. La norma no se dirige tan sólo al propio sistema normativo autorreferencial, sino también a los individuos, atribuyendo *status* y roles por medio de la asignación de deberes, y por tanto pretende regular normativamente (mediante mandatos y prohibiciones) conductas, comportamientos. *Y sin el prerrequisito ontológico de la motivación todo lo anterior no es posible*. Para que las fuentes de orientación sean eficaces, es necesario contar con la motivación.

5. Un sistema social no puede estar estructurado de manera que sea incompatible con las condiciones de funcionamiento de sus actores individuales componentes, en cuanto organismos biológicos y en cuanto personalidades[626]. Tiene que haber una proporción suficiente de sus actores componentes, adecuadamente *motivados*[627] para actuar de acuerdo con las exigencias de su sistema de *roles*, positivamente en la realización de *expectativas* y negativamente

---

[625] Esto no impide seguir considerando, *también y de forma no contradictoria*, que el delito es un comportamiento mediante el cuál el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta, y que niega la validez y la vigencia de la norma en un plano demostrativo simbólico, vid., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 40-41.

[626] Vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 46.

[627] También JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/15, al señalar que: "*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma"*, debería contar con el prerrequisito de la motivación adecuada de los destinatarios. La pena, si se impone para ejercitar en la confianza *de las personas* en la norma, y no del propio sistema de forma autorreferencial, deberá contar con la *motivación* que pueda generarse en *esas* personas y que posteriormente se puede traducir en *confianza.* La relación entre *norma* y *persona*, es un requisito *sine qua non* para ejercitar la confianza. Y la *motivación* es un requisito *sine qua non*, para que una relación entre la norma y la persona sea posible.

Quizás por ello, en otro lugar JAKOBS, *Problemas capitales del Derecho penal moderno*, cit., p. 58, expone que una de las condiciones de una sociedad real es: que las personas tienen que estar dispuestas - al menos a grandes rasgos - a acatar la norma. […] Las personas están definidas por el hecho de tener suficiente voluntad de acatar la norma.

en la abstención de toda *conducta* demasiado lesiva, es decir, desviada (delictiva)[628]. PARSONS manifiesta que en general, el problema funcional para un sistema social de reducir al mínimo la conducta potencialmente lesiva y la motivación para realizarla, puede ser llamado el "problema motivacional del orden"[629]. Ahora bien, que dentro de los términos de la significación funcional de un sistema social el significado de una conducta delictiva tenga que ser entendido no directa y primariamente sobre la base de su motivación, sino sobre la base de sus consecuencias efectivas o probables para el sistema, no excluye la necesidad de manejar el concepto de "motivación" como prerrequisito funcional.

Y ello, fundamentalmente, porque el prerrequisito de la motivación adecuada es un punto de partida necesario para elaborar los conceptos de rol e institucionalización. Pues no hay que olvidar que las expectativas de las normas jurídico-penales primarias, son las relativas al cumplimiento de las obligaciones (contenido prescriptivo) de los roles. Por tanto no puede obviarse el problema de la motivación[630] adecuada para el cumplimiento de la expectativa del rol[631]. De lo contrario se estaría ignorando la relación entre la norma y el infractor[632], y sólo se estaría utilizando una visión social del conflicto, cuando, en realidad, deben

---

[628] Cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 46.

[629] Cfr. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 48.

[630] Sobre la motivación de los destinatarios de la norma, vid., ampliamente el apartado 1.4.4. del Cap. III, de la "Primera parte" de este trabajo, y el apartado 1.4.4.4., también del Cap. III.

[631] Exhaustivamente sobre la "motivación" como prerrequisito funcional de los sistemas sociales, sobre los conceptos de rol, status, instituciones, y expectativas, vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., pp. 43 y ss; pp. 45 y ss; y pp. 54 y ss. La distinción entre *status* y *rol* se encuentra, en su raíz, íntimamente relacionada con la distinción entre las dos perspectivas recíprocas inherentes a la interacción, y para que haya interacción es requisito indispensable la suficiente motivación. De una parte, cada actor es un *objeto* (una fuente) de orientación para otros actores (y para sí mismo). En la medida en que esta significación de objeto deriva de su posición en el sistema de relación social, es una significación de *status*. De otra parte, cada actor se orienta *hacia* otros actores. Al hacerlo, el actor está actuando, no sirviendo como objeto: esto es lo que queremos decir cuando hablamos de que está realizando un *rol*.

[632] Vid. sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?", cit., p. 564, y pp. 573-574.

manejarse ambos conceptos y ambas dimensiones[633] del conflicto: la personal, y la social[634].

La norma primaria es el mensaje de un comportamiento no permitido, y para que sea eficaz necesita influir (ser recibido y procesado), llegar a sus destinatarios; y ello sólo es posible mediante la aceptación de prerrequisitos biológicos, y psicológicos, es decir, abandonando parcialmente el mundo normativo, y aceptando un sustrato ontológico mínimo[635]. La norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar[636] al

---

[633] En este sentido se pronuncia también SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., p. 573.

[634] Una visión fundada básicamente en el aspecto social de la infracción puede verse en HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., § 218 (y observación): Puesto que en la sociedad civil la propiedad y la personalidad tienen reconocimiento y validez legales, el *delito* no es ya la lesión de un *infinito subjetivo*, sino de la cosa *universal*, que tiene en sí misma una existencia firme y sólida. Con esto aparece el punto de vista de la *peligrosidad* de la acción para la sociedad. […] El hecho de que en *un* miembro de la sociedad son lesionados *todos*, altera la naturaleza del delito, no según su concepto, sino según su *existencia* exterior. La lesión afecta ahora la representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo inmediatamente lesionado. Mantienen una línea de pensamiento similar, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/3, 1/8 y 1/9; y LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 29-48.

[635] De hecho, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/9, considera que la imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los *elementos relevantes para evitar un comportamiento*, se habría comportado de otro modo […]. Pues bien, según entiendo, uno de esos "elementos relevantes para evitar el comportamiento" a los que se refiere JAKOBS, es la prohibición o el mandato contenido en la norma primaria. Cuestión que no queda clara en JAKOBS. Sobre las contradicciones de JAKOBS, vid. GARCÍA AMADO, "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", pp. 252 y ss; el autor plantea el siguiente interrogante: Dado que tanto pena como delito son comunicaciones, ¿Se comunica el sistema penal a través de la pena con los individuos en tanto que sujetos reales libres, autónomos y dueños de sus actos, o, por el contrario, mediante pena y delito se comunica el sistema consigo mismo, como parte de su autopoiesis, de su permanente autoconstitución, utilizando al sujeto únicamente como vehículo de una parte de esa comunicación, y por tanto construyéndolo según convenga al sistema? Sospecho que esto último es lo más luhmaniano, pero Jakobs y los suyos no llegan tan lejos, se quedan a medio camino; pues ir tan lejos supondría el efecto, disolvente para la dogmática, de afirmar que el Derecho penal no toma en cuenta el ser humano de carne y hueso (y conciencia), sino que postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir la complejidad. (pp. 254-255).

[636] Como expone SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 385, no puede olvidarse que el mecanismo decisivo de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal es la motivación, esto es, el establecimiento de directrices de conducta bajo la amenaza de la pena.

ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos graves para los bienes jurídico-penales. Al menos así es en un Derecho penal llamado a proteger la sociedad como es el propio de un Estado social y democrático de Derecho. La norma primaria se dirige, pues, a la mente del ciudadano y presupone la posibilidad de ser recibida y cumplida por su destinatario. Sólo tiene sentido prohibir al *sujeto* algo que él pueda evitar y advertir que se le prohibe[637].

6. El propio JAKOBS se ve conducido a admitir un contenido prescriptivo de las normas penales. Y si existe un mandato o prohibición contenido en la norma primaria, entonces debe asumirse que ésta es también una directiva de conducta, llegando así a una visión conciliadora, como la mantenida en este trabajo. Que JAKOBS asume un contenido imperativo de la norma primaria puede verse claramente, de nuevo, con la siguiente afirmación :

"La Ley *prohibe* cosas muy diversas, desde el falso juramento hasta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. […] El legislador puede declarar el tipo de comportamiento como no permitido […]"[638].

Luego debería aceptarse el siguiente razonamiento: si como afirma JAKOBS, "la Ley prohibe", debe entenderse que la norma prohibe, y más concretamente, que la norma primaria jurídico-penal prohibe[639]; entonces ésta

---

[637] Vid. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 245-246, afirmando finalmente, que la antijuridicidad como infracción de la norma primaria supone la capacidad personal de evitación y de conocimiento de la norma.

[638] Cfr. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., p. 124; En esta línea, vid., JAKOBS, *Sobre la función de la parte subjetiva del tipo*, cit., p. 633, expresando que con el Derecho penal se trata, entre otras cosas, de garantizar comportamientos.

[639] La norma primaria jurídico penal, como *prescripción*, establece determinadas obligaciones jurídicas, necesidades de conductas adecuadas a las normas. Y por ello, "deber jurídico-penal" es la norma primaria jurídico-penal considerada desde el punto de vista de su destinatario, vid. sobre esta idea, NAWIASKY, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 166-167. PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas...", cit., p. 296, expone que el realce de la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a otros eventuales efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual de la pena no es casual, sino que se corresponde plenamente con una característica de la concepción general del Derecho penal en JAKOBS: la relevancia cada vez menor que Jakobs atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma,

tiene un contenido prescriptivo, y por tanto puede ser conceptuada (en parte) como una directiva de conducta, como un imperativo, puesto que "Prohibido jurar en falso", o "Prohibido conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas" *no son sino prohibiciones de conductas*. Similar contenido prescriptivo de las normas primarias penales puede inferirse cuando JAKOBS señala que:

> "La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en *garantizar las normas*. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social en la forma dada y en la *exigida legalmente*, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas"[640].

Ante tal afirmación caben hacer dos puntualizaciones: *a)* Es la norma secundaria la que garantiza la norma primaria; y *b)* si las expectativas imprescindibles vienen *exigidas legalmente*, ello implica un contenido directivo de la norma primaria, y por tanto es la norma primaria la que fija la expectativa por medio de la prohibición de la conducta que la defrauda, y por tanto lo que *exige la ley* (imperativo) es una conducta adecuada a la norma primaria.

La norma primaria deja de ser así, tan sólo una expectativa normativa de conducta estandarizada, institucionalizada, y contrafácticamente estabilizada; y pasa a ser, además una directiva de conducta.

7. También puede interpretarse que JAKOBS está reconociendo un contenido prescriptivo de la norma primaria como directiva de conductas cuando se refiere a la "*infracción* de la norma"[641]: "La contradicción a la norma por

---

cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su infracción.

Al acertado razonamiento de PEÑARANDA RAMOS sobre JAKOBS, puede añadirse, en parecido sentido, la siguiente reflexión: si se ignora la relación entre la norma y la persona, entre la norma y el infractor, no puede entonces explicarse el concepto de deber jurídico/obligación jurídica, que es precisamente la norma primaria vista desde el punto de vista de su destinatario. *Ahí reside la paradoja en las construcciones teóricas de JAKOBS: minimiza la relación norma/destinatario, pero al mismo tiempo maximiza el concepto de deber.*

[640] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/2.

[641] Por ejemplo JAKOBS, *Ob. cit*., 1/8 1/9 y 1/11.

medio de una conducta es la *infracción* de una norma"[642]. Cuando se utiliza el concepto de *infracción* de una norma, se suele admitir que la infracción lo es de una norma primaria *que prohibe u ordena una determinada conducta al ciudadano*[643]; y de nuevo surge aquí (implícitamente) el contenido prescriptivo de la norma primaria.

Incluso puede verse una posición en JAKOBS, muy cercana a la aquí propuesta, en la consideración siguiente:

> "Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar ha de existir también la de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar"[644].

La certeza de que nadie tiene derecho a matar es equivalente a la certeza de que todos tienen el deber de no matar; y la certeza de que todos tienen el deber de no matar surge precisamente de la prohibición general de matar contenida en la norma primaria del delito de homicidio: "prohibido matar"/"obligado no matar". Y así hemos obtenido la prescripción, la directiva de conducta.

Correlativamente, y como complemento necesario de la directiva de conducta para *alter*, se crea una expectativa de conducta, un catálogo de previsibilidades normativas para *ego*[645]. Pues bien, esa es la visión de la norma primaria jurídico-penal propuesta en este trabajo[646].

---

[642] JAKOBS, *Ob. cit.*, 1/9.

[643] Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 28-29; y MIR PUIG, "Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 6, 1983, pp. 471 y ss.

[644] Cfr. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., p. 138.

[645] En caso de conflicto, es decir, si se comete un delito, entonces la norma secundaria deberá estabilizar contrafácticamente, mediante la imposición de una pena, la vigencia de la expectativa de conducta, la vigencia de la prohibición o mandato, así como la vigencia del contenido axiológico-valorativo. La norma secundaria estabiliza por tanto tres contenidos de la norma primaria, y no sólo uno de ellos. La estabilización contrafáctica de la vigencia de la norma primaria que se produce por medio del mecanismo de la pena tendría, dicho de un modo sencillo, el siguiente contenido: *a)* sigue estando vigente la prohibición de matar, *b)* sigue estando vigente la expectativa de que no te maten, y según ella puedes orientarte en sociedad, y *c)* matar sigue estando desaprobado y la vida sigue siendo algo valioso para el ordenamiento jurídico-penal, para el sistema.

8. Parece un camino arriesgado el negar a las normas penales cualquier tipo de dirección de conductas, es decir, una función de motivación mediante su contenido prescriptivo. MÜLLER-TUKFELD ha señalado la inviabilidad de tal pretensión, al afirmar que el aseguramiento de expectativas puede ser considerado analíticamente como el contenido primario del Derecho, pero esa función no puede ser desgajada de la dirección de conductas, porque las expectativas no pueden ser (contrafácticamente) estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es continua y manifiestamente transgredida. Por ello la dirección de conductas ha de ser una segunda función del derecho, de carácter derivado del anterior[647]. Aunque JAKOBS sí que acepta, de forma latente, una función de motivación, pero respecto de la norma secundaria[648], y últimamente, también un contenido directivo de conductas respecto de la norma primaria - o al menos así puede inferirse -, por ejemplo, cuando ofrece el siguiente razonamiento (al hilo de una reflexión sobre los delitos de peligro abstracto):

"[…] el legislador *ha de ocuparse de que el comportamiento*, a pesar de las valoraciones individuales divergentes, *se conforme* de acuerdo con máximas iguales

---

Estos tres elementos de la norma primaria, pueden ser conceptuados como expectativas normativas susceptibles de ser estabilizadas contrafácticamente mediante el mecanismo de la norma secundaria: En primer lugar se estabilizaría la vigencia de la expectativa de una prohibición o mandato de conducta; en segundo lugar se estabilizaría la vigencia de la expectativa de una expectativa de conducta; y en tercer lugar se estabilizaría la vigencia de la expectativa de un bien, valor, interés, en definitiva, del contenido valorativo. Las tres estabilizaciones contrafácticas se darían de forma simultánea.

[646] En principio, creo que puede interpretarse el esbozo de un planteamiento similar en PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo...", cit., pp. 314 y ss. El autor observa, que el propio Luhmann, en su *Sociología del Derecho*, combinaba ambas funciones de la norma: como expectativa y como dirección de conductas (p. 315).

[647] Vid. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie desvalor de resultado gessellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, p. 64, (cit. por PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas...", cit., pp. 314-315).

[648] Vid., JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", cit., p. 136: La función manifiesta de la pena de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación; la repetida marginalización del hecho y la confirmación de la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier.

para todos, lo que significa que el legislador ha de asumir finalmente, aquí sí, la administración centralizada de los objetivos, es decir, establecer en qué *modalidades de conducta* alguien ya está desempeñando el papel de homicida, aunque ese alguien individualmente tenga otra opinión. Por ello, *el legislador dispone que está prohibido conducir un automóvil en estado de ebriedad, incendiar edificios que sirven de vivienda, etc., todo ello prohibiciones de riesgos abstractos*[649]."

En este orden de consideraciones, una visión próxima a la propuesta, puede observarse ya en STRATENWERTH, cuando manifiesta que dado que el Derecho penal no sólo procura impedir la pérdida de bienes jurídicos, *sino asegurar normas de conducta*, aquello que decidirá sobre las formas básicas del hecho punible será la *esencia de la conducta humana*. Las prohibiciones y los mandatos jurídicos no pueden ir más allá de la capacidad del hombre de intervenir con su acción en el curso de los sucesos. Lo imprevisible o lo inevitable no puede prohibirse ni exigirse. Por lo tanto, la primera tarea del Derecho penal es comprender correctamente el comportamiento humano[650]. Añade STRATENWERTH, que de esta manera el Derecho penal se ve remitido a hechos que son independientes de cualquier regulación jurídica; y que las propiedades que caracterizan el comportamiento humano, los puntos de partida que de ellos surgen en principio para la responsabilidad jurídico-penal, son cuestiones que no decide la ley sino la realidad[651]. Puede inferirse de estas afirmaciones la proximidad con el concepto del prerrequisito de la motivación adecuada, como sustrato ontológico mínimo y necesario, para un posterior desarrollo y mantenimiento de los sistemas funcionales, y para la fiabilidad de los conceptos de rol y de expectativas. Pero STRATENWERTH no sólo utiliza el concepto de norma de conducta[652], sino que también considera que la pena

---

[649] JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cancio Meliá (trad.), Mendoza 2002, pp. 44-45; (las cursivas son mías).

[650] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I*, cit., p. 51.

[651] Cfr. STRATENWERTH, *Ob. cit., loc. cit.*

[652] La tarea del derecho consiste en ordenar la vida social mediante normas que delimitan los comportamientos admisibles de los que no lo son. De esta manera, se elevan barreras dentro de las cuales el individuo puede decidir auto-responsablemente sobre la dirección que otorga a su vida; por el contrario, el traspaso de tales límites da lugar a la coacción jurídica, cfr., STRATENWERTH, *Ob. cit*., p. 67.

constituye, en nuestro orden social, la expresión más tajante de la desaprobación social que merece el comportamiento desviado; y afirma que su sentido consiste, en primer lugar, en dar seguridad a las normas que se consideran como esenciales para la existencia de este orden[653]. El autor se muestra así, próximo a los postulados jakobsianos de la función de la pena, y próximo a la visión de la norma secundaria jurídico-penal, como mecanismo de refuerzo y protección de la norma primaria, (estabilización contrafáctica de la vigencia de la expectativa, en términos más actuales).

9. Afirmar que las normas primarias jurídico-penales, tienen (además de otros) un contenido directivo plasmado de manera jurídica bajo las formas de prohibiciones y mandatos, implica aceptar que éstas contienen directivas de conducta, del estilo "prohibido matar", "obligado socorrer". Y aceptar que las normas primarias son prescripciones nos lleva a asumir que pretenden influenciar la conducta humana en el sentido buscado por ellas. Así, la norma primaria que prohibe conductas homicidas busca, precisamente, que las personas se abstengan de emprender cursos de acciones u omisiones potencialmente lesivos para las vidas de los demás, que se abstengan de extender indebida y lesivamente su ámbito de organización. La parte prescriptiva/imperativa de las normas primarias jurídico-penales pretende influir en la conducta de sus destinatarios para obtener de ellos determinadas prestaciones de conducta, necesarias para mantener una convivencia mínima en sociedad. Si por ejemplo, la norma primaria jurídico-penal del homicidio ("prohibido llevar a cabo conductas homicidas"/"prohibido organizarse de forma tal que de nuestro ámbito de competencia se deriven homicidios") consigue su objetivo inmediato de motivar e influenciar la conducta de su receptor en el sentido esperado y exigido, entonces habrá logrado, además, mantener el sistema social estable, y también habrá - eso sí, en un plano puramente teórico - salvado vidas/impedido muertes. No puede renunciarse a esta relación entre el potencial infractor y la norma, relación que sólo puede

---

[653] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I*, cit., p. 18.

establecerse mediante el prerrequisito necesario para la funcionalidad del sistema y que hemos denominado "de la motivación adecuada". La motivación adecuada representa un sustrato ontológico[654] mínimo para la posterior atribución de fines a las normas penales. La función primordial de las normas penales no es la función de la normas secundarias, sino la función de las normas primarias; por mucho que la pena sea el elemento que distingue a las normas penales de las demás. Como ya se ha afirmado en páginas anteriores*, cualquier tipo de reglas del juego tiene la misma función*.

¿Cómo puede existir una unidad colectiva (Sociedad) cuando sólo existen individuos, mamíferos de la especie *homo sapiens*; y con un problema funcional esencialmente práctico: cómo es posible en un ambiente cambiable e incontrolable mantener constantes determinadas estructuras sitstémicas? La respuesta es: mediante normas de conducta y normas de sanción; mediante la creación de expectativas normativas de conducta y mediante el establecimiento de mecanismos que las estabilicen contrafácticamente en caso de defraudación.

En Derecho penal, la norma primaria de conducta crea expectativas de conducta que sirven de orientación estable en los contactos sociales, y por otra parte crea una directiva de conducta que se dirige a sus destinatarios para obtener de ellos la conducta exigida: ordenada o prohibida. *La norma primaria jurídico-penal es una expectativa para "ego": porque es una directiva de conducta para "alter"; recíprocamente, la norma primaria es una expectativa para "alter": porque es una directiva de conducta para "ego"*. La norma secundaria refuerza el

---

[654] Duras críticas al "normativismo libre de empirismo" de Jakobs, pueden verse en SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", Sacher (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 643 y ss; en pp. 660-661, SCHÜNEMANN argumenta que en una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan el uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante. En el discurso dogmático concreto, los argumentos normativos y empíricos van vinculados unos con otros y se entrelazan como en una rueda dentada, con lo cual no se llega por lo general a conflictos o contradicciones.

contenido de la norma primaria, y en caso de conflicto, actúa estabilizando contrafácticamente (frente al hecho delictivo) la vigencia de la prescripción y de la expectativa, así como del contenido valorativo que pudiera tener la norma primaria. En un ámbito teórico de "teoría de las normas", podemos afirmar que las normas penales despliegan, al menos, estas funciones.

Cabe advertir, por último, que el sistema penal, el sistema compuesto por las normas jurídico-penales, tiene un mecanismo de cierre o clausura autorreferencial, que funcionaría de la siguiente forma: *a)* En primer término, *ex ante*, la norma primaria, cada norma primaria jurídico-penal, opera como expectativa y como prescripción de conductas. Por ello, el conjunto de normas primarias opera como un catálogo de expectativas/previsibilidades, y como un catálogo de prohibiciones y mandatos comportamentales. *b)* En segundo lugar, la norma secundaria, opera tanto *ex ante*, como *ex post*. Con anterioridad a la producción del conflicto, la norma secundaria refuerza[655] tanto la expectativa como la prescripción, así como el contenido axiológico-valorativo que pudiera contener la norma primaria. Con posterioridad a la producción del conflicto, esto es, *ex post*, la norma secundaria sirve como mecanismo de estabilización contrafáctica de la vigencia de la norma primaria, y de su triple contenido, confirma la vigencia normativa del valor, de la expectativa y de la prescripción. *c)*[656] En tercer lugar, y aquí es donde se genera la clausura del sistema penal[657], si

---

[655] KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 308, expone que la amenaza penal es relevante en otro sentido "normativo", […]. La amenaza penal sostiene a la norma que sólo se obtiene del supuesto de hecho de la ley penal, en su eficacia motivadora. Aunque no se retroceda hasta la teoría de la coacción psicológica, sin embrago, no es posible soslayar este efecto de la amenaza penal.

[656] Ampliamente vid., Cap. II, apartado 4, de la "Primera parte" de este trabajo.

[657] El funcionalismo sistémico ha recibido numerosas críticas, que por ejemplo pueden verse en: FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell' opera di Niklas Luhmann*, cit., pp. 153 y ss; BARATTA, "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., pp. 3 y ss; VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., pp. 136 y ss., pp. 433 y ss., y pp. 444 y ss; SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en especial, pp. 644 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 69 y ss., aunque en la actualidad, el autor se acerca en ocasiones, y de forma parcial, a los planeamientos jakobsiano, por ejemplo, y sin ir más lejos, cuando considera la norma penal (en parte) como expectativa de conducta contrafácticamente estabilizada; ALCÁCER GUIRAO, "Facticidad y

se produce un "conflicto de segundo grado" (el incumplimiento del mandato de sanción), entonces las normas primarias operan reforzando la aplicación de la norma secundaria incumplida. Expresado con un ejemplo: la norma secundaria de cualquier norma penal, es un mandato de sanción dirigida al juez (con lo cual, la norma secundaria, es para el juez una norma primaria del estilo: "si alguien infringe la norma primaria (mata, por ejemplo) debes imponer una sanción", "Obligado dictar una sentencia justa que resuelva el asunto", y esta norma primaria es tanto una expectativa para *alter*, como un mandato/prohibición para

---

normatividad", cit., pp. 193 y ss., y pp. 211 y ss; y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 93 y ss. No es este lugar adecuado para desarrollar un análisis detallado sobre dichas críticas; algunas de ellas, las pseudo políticas, ya se han ido refutando al inicio del trabajo, otras las he compartido, como la del normativismo libre de empirismo; aquí pretendo simplemente dar una respuesta de derecho positivo a una afirmación de HORMAZÁBAL MALARÉE (pero que muchos de los autores citados también comparten), quien afirma en *Ob. cit.*, p. 100, lo siguiente: "Para el funcionalismo los sistemas sociales son sistemas de conductas realizadas por personas que interactúan conforme a las pautas que marca un determinado rol. Los roles aseguran la previsibilidad de la conducta y constituyen un mecanismo de integración de las personas dentro del sistema total para la satisfacción de las necesidades de éste. *El individuo, en consecuencia, dentro de la teoría funcionalista está subordinado al sistema...*". En este trabajo, mantengo que el ordenamiento jurídico es un sistema, y que dentro de él, el conjunto de normas jurídico-penales conforma otro sistema diferenciado que busca reducir la complejidad. Pero que el individuo, o mejor dicho, la persona, esté subordinada al sistema jurídico en general y al subsistema jurídico-penal en especial, no creo que sea algo que en este caso concreto pueda serle reprochado a una construcción funcionalista, ya que es la propia Constitución española quien proclama en su artículo 9.1 que "los ciudadanos y los poderes públicos están *sujetos* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (incluido el penal por supuesto). La propia Constitución ha creado un determinado sistema jurídico, y ha sometido/sujetado/subordinado a las personas a ese sistema. Si alguien no está de acuerdo con ello es perfectamente asumible y lícito, pero no se le debe reprochar a una construcción funcionalista sistémica (que en este caso no es sino el reflejo de la propia realidad normativa española), sino al propio artículo 9.1 de la Constitución. Por tanto, las personas en el (sistema social) Estado social y democrático de derecho español, están sujetas, sometidas (subordinadas) al (subsistema) ordenamiento jurídico penal, porque así lo establece el artículo 9.1 de la Constitución. Y ello implica que un análisis que pretenda ser realista debe partir de esa premisa, salvo que se pretenda "falsear" el artículo 9.1 de la Constitución. Pero la realidad normativo-constitucional no puede ser falseada, no puede someterse a un juicio de verdad/falsedad. Un plano analítico y discursivo distinto consistiría en realizar un juicio axiológico-valorativo sobre el contenido del artículo 9.1 de la Constitución, pero esa es ya una cuestión bien distinta. (para equiparar los términos "sujetar", "subordinar" y "someter", puede verse el *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, en el que, el término *sujetar* (utilizado por el artículo 9.1 de la Constitución) viene definido como: "(del latín *subiectare*: poner por debajo), primer significado: someter al dominio, señorío o disposición de alguien; el término *someter* se define en su primer significado como: sujetar; y el término *subordinar*, en su primer significado viene definido como: sujetar a alguien o algo a la dependencia de otra cosa o persona). Vid., sobre el tema DE ASIS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, cit., pp. 345 y ss.

el juez. La pregunta entonces sería: ¿Qué norma refuerza esta norma primaria para el juez (pero que es la norma secundaria de cualquier delito), que como se habrá advertido, bien puede ser la norma primaria del delito de prevaricación judicial? La respuesta es doble, por una parte, toda una serie de normas primarias pretenden reforzar *ex ante* la norma secundaria que ordena al juez imponer una sanción mediante un juicio justo, y que fija - por ejemplo - la expectativa de una correcta "Administración de Justicia". Con lo cual obtendríamos el cierre del sistema. Cualquier norma secundaria, como mandato de sanción para un juez, está a su vez reforzada por un conjunto de normas primarias jurídico-penales del estilo: "prohibido prevaricar/obligado no prevaricar"; "prohibido aceptar sobornos/obligado no aceptar sobornos"; "prohibido matar al secretario judicial el día del juicio/obligado no matarlo"; "prohibido poner bombas en la Audiencia/obligado no poner bombas", "obligado perseguir delitos/prohibido no perseguirlos"; "obligado denunciar delitos/prohibido no denunciarlos", etc. Todas estas normas primarias pretenden reforzar la vigencia de cualquier norma secundaria dirigida a cualquier juez. En este sentido, cualquier norma secundaria se ve reforzada por una serie de normas primarias. Pero existe una segunda clausura del sistema, que no es sino el refuerzo de la primera clausura. Y es que, a su vez, esta serie de normas primarias (reforzadoras del mandato de sanción), tienen *sus propias normas secundarias*, que de nuevo funcionan como refuerzo y como estabilización contrafáctica de su vigencia. No es que el argumento sea circular, es que el sistema se cierra sobre sí mismo, existe una clausura del sistema de forma autorreferencial. En una frase: toda norma primaria tiene una norma secundaria que la refuerza y estabiliza, y toda norma secundaria, tiene a su vez, (al menos) una norma primaria, como la del delito de prevaricación judicial, que la refuerza, y como es sabido - volvemos al inicio de la frase - toda norma primaria (en este caso "prohibido prevaricar") tiene una norma secundaria que la refuerza y estabiliza...

10. Es una realidad constatable en el debate actual, que, como afirma BACIGALUPO, el tema de la función del concepto de norma en Derecho penal,

en la dogmática penal y en su sistema es extremadamente difícil de precisar y por ahora no puede obtener respuestas categóricas[658]. A pesar de ello, se sigue afirmando, en general, que el Derecho penal, al menos en su parte objetiva, es un conjunto de normas[659], así, desde por ejemplo VON LISZT, quien definía el Derecho penal como "un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"[660]; hasta COBO/VIVES, para quienes el Derecho penal es "el conjunto de normas jurídico-positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos..."[661]; o MIR PUIG, que sostiene que "el Derecho penal no constituye sólo un conjunto de normas dirigidas a los jueces ordenándoles imponer penas o medidas de seguridad, sino también, y antes de ello, un conjunto de normas dirigidos a los ciudadanos que les prohiben bajo la amenaza de la pena la comisión de delitos"[662]. La norma penal aparece de esta forma como el material básico y primario, como la "materia prima"[663] para posteriores construcciones teóricas y dogmáticas. La norma sigue siendo el punto de partida de toda

[658] Cfr. BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p.74.

[659] VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 339, advierte que: "Es conveniente aclarar, en primer término, que una norma penal es un *regla de conducta*, que puede hallarse expresada lingüísticamente o inferirse de lo que habitualmente se hace. Pero, en la medida en que aquí tratamos de normas penales, podemos dejar de lado esa segunda opción: en virtud del sometimiento del Derecho penal al principio de legalidad, las normas penales han de hallarse contenidas en la ley. La ley penal es, por lo tanto, el instrumento en que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, su *fuente*. La ley no es, sin más, la norma, sino que la norma se expresa en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa. Identificar norma y ley responde a un uso lingüístico corriente […].

[660] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., p. 5.

[661] Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 33.

[662] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 8.

[663] En sentido similar se pronuncia MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, cit., pp. 262-263, al afirmar que inicialmente la misión principal del estudioso de la ciencia del Derecho penal es el conocimiento de su objeto, esto es, del Derecho positivo. El instrumento de trabajo, pues, son las normas, normas que regulan conflictos reales de la vida cotidiana producidos en una concreta realidad social.

dogmática jurídico-penal[664], y por esta razón constituye un elemento de análisis altamente sugestivo, pese a su dificultad analítica.

Un sistema de normas que sirva de base a la ley penal (al tipo) es necesario tanto desde el punto de vista *lógico-jurídico*, como del *dogmático-jurídico-penal*[665]. Pero no es menos cierto que la "inseguridad" de la teoría de las normas en cuanto a la deducción de las normas mismas ha sido siempre materia de críticas[666]. Incluso la existencia misma de las normas ha sido puesta en duda[667]. Consciente de todas las dificultades, este trabajo tan sólo pretende aportar algunas ideas, que contribuyan al - de nuevo - actual debate doctrinal sobre "teoría de la norma" en el ámbito penal.

Hace ya cincuenta años, KAUFMANN, en las páginas finales de su libro "Teoría de las normas"[668] hacía la siguiente y rotunda afirmación: "Se ha demostrado que a pesar de todos los ataques que se han llevado desde diferentes

---

[664] Apunta BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 61, que el sistema de la teoría del delito presupone que éste es, ante todo, la infracción de una norma. La obra con la que comienza el desarrollo de la teoría moderna del delito se titula precisamente "Las normas y su infracción", y fue publicada por Karl Binding en 1872.

[665] Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal,* cit., p. 259, y p. 261, apuntando que desde el punto de vista dogmático jurídico-penal, resulta imprescindible un sistema normativo. […] ni la teoría de la antijuridicidad ni la de la culpabilidad pueden hallar una solución satisfactoria sin acudir a la norma. De forma convergente, KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 260, observa que en virtud de la teoría de las normas, la norma es de importancia decisiva tanto para lo injusto personal como para la culpabilidad. En nuestra doctrina, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, se ha manifestado claramente a favor de una construcción dogmática a partir de una teoría de la norma penal, vid., ampliamente y con referencias, pp. 376-383. Una visión contraria es la mantenida por BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", p.73, quien, analizando la función del concepto de norma en la dogmática penal, afirma que en realidad su función es meramente *secundaria.*

[666] Así lo señalaba KAUFMANN, *Ob. cit*., p 266, y haciéndose eco de las opiniones de Mezger, admitía que la "inseguridad" de la deducción de las normas de los tipos jurídico-penales pertenece al conjunto de dificultades que se dan en toda interpretación de un texto legal.

[667] Sobre la existencia de la normas, vid., NINO, *Notas de introducción al derecho*, 1, cit., pp. 84-89.

[668] El título original es: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Göttingen, publicado en Alemania por vez primera en el año 1954.

ángulos, el punto de partida de Binding es correcto: las "normas" existen. Con esta comprobación no se dice, sin embargo, nada diverso en lo esencial de lo que es corriente conocimiento, es decir, que hay proposiciones jurídicas obligantes, o sea, proposiciones jurídicas que, como sujeto, nos obligan a algo. La obligatoriedad del derecho no ha sido básicamente negada en forma seria. El conocimiento del carácter obligatorio de muchas proposiciones jurídicas elimina, por último, todas las objeciones formuladas contra las "normas" y contra una "teoría de las normas" conectada a ellas"[669]. No obstante, cincuenta años después, el debate sigue abierto.

[669] Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 375.

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS PENALES DE LA COMPARECENCIA ANTE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIAS

("La incomparecencia y el falso testimonio ante Comisiones de investigación parlamentarias: dos delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional")

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Nociones generales sobre las Comisiones de investigación

1.1. Concepto y naturaleza

1. Los parlamentos modernos se organizan en comisiones con funciones instructoras o auxiliares respecto de las Asambleas. Las comisiones pueden ser permanentes o temporales, articuladas por competencias ordinarias, o por competencias especiales. Desde el inicio del siglo XX se han constituido de tal modo que reflejan, con un criterio más o menos proporcional, la misma composición política de las Asambleas.

Junto a las Comisiones con funciones instructoras en el proceso legislativo están previstas especiales comisiones de encuesta. Éstas están dotadas en algunos casos de poderes de investigación y coercitivos propios de la autoridad judicial, poderes que pueden ser conferidos *ad hoc* o bien ser permanentes[1].

El artículo 76 de la Constitución española de 1978 dispone lo siguiente:

[1] Cfr. BARBERA, *I Parlamenti*, Roma-Bari, 1999, pp. 57-58.

"1. El Congreso y el Senado, y, en su caso ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esa obligación".

La Constitución española de 1978 presenta al respecto, la novedad de ser el primer texto constitucional que en nuestro País reconoce expresamente la posibilidad de que tanto el Congreso, como el Senado y, en su caso ambas Cámaras conjuntamente puedan crear Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público.

La Norma Fundamental regula, a través de este precepto, un instrumento que los Parlamentos poseen como medio de conocimiento o información, y del cual se sirven para desarrollar unas determinadas funciones de inspección y de control. No obstante, sobre el objeto y las funciones de las Comisiones de investigación parlamentarias no existe un criterio unitario en la doctrina, y ésta se encuentra dividida entre quienes mantienen que éstos órganos llevan a cabo una función de control sobre la actividad desarrollada por el Gobierno y la Administración, y quienes afirman que la función de estos órganos es la de ser un procedimiento de información del Parlamento[2].

2. Las Comisiones de investigación han sido conceptuadas por la doctrina de diversas maneras: para SANTAOLALLA pueden definirse las encuestas parlamentarias como un "procedimiento cualificado de información de las

[2] Sobre las posturas doctrinales acerca de la consideración de las Comisiones de investigación como órganos de control político o bien como órganos de información del Parlamento vid., entre otros: ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales.* nº. 11, 1987, pp. 164 y ss; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación,* Madrid, 1994, pp. 61 y ss.; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, 1998, pp. 86 y 87; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1996, pp. 150 y ss; TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.

Cámaras representativas, que se desarrolla a través de órganos colegiados y que implica el uso de facultades especiales, que permiten poner al Parlamento en relación con terceros extraños al mismo"[3], y según ARÉVALO GUTIÉRREZ "las encuestas parlamentarias son un medio de control en sede política, es decir, ajustado a la esencia de la institución parlamentaria, que no es precisamente la de juzgar, sino la de articular el juego democrático a través de los representantes del pueblo, actuando como contrapeso del partido mayoritario. Es en definitiva un instrumento de fiscalización indirecta de carácter político"[4].

Las Comisiones parlamentarias de investigación pueden ser también observadas como manifestaciones del poder de inspección de las Cámaras. La función inspectora consiste en una serie de actividades, en virtud de las cuáles las Cámaras se informan, se documentan, y adquieren datos con el fin de poder desarrollar responsablemente sus varias funciones. La encuesta parlamentaria puede ser por tanto considerada como una manifestación del poder de inspección, y no del poder de control político; el poder de investigación, el poder de presentar interpelaciones, el poder de convocar testigos (y la subsiguiente obligación de comparecer) no son sino formas concretas que el poder investigador de las Cámaras asume en determinadas ocasiones[5]. Existe,

---

[3] Cfr. SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y Comisiones de investigación),* Madrid, 1982, p. 152.

[4] Cfr. ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa (coord), Vittoria, 1994, p. 381.

[5] Esta postura es mantenida en la doctrina italiana por autores como FENUCCI, *I limitti dell´inchiesta parlamentare*, 3ª ed. Milano, 1999, pp. 29-31. Es importante precisar que el artículo 87 de la Constitución italiana, en el cual se encuentran reguladas las Comisiones de investigación, establece que éstas llevarán a cabo sus investigaciones y exámenes "con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial". Por ello pueden ordenar la comparecencia de cualquier sujeto, la práctica de cualquier indagación, el secuestro de documentos o el arresto de testigos reticentes, vid. al respecto LONG, "Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias italianas", Banzo Alcubierre (Trad.), en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*. Madrid, 1994, pp. 225 y ss. Para la jurisprudencia italiana las encuestas parlamentarias son investigaciones realizadas por el Parlamento sobre determinados hechos y objetos, y tienen su encuadramiento en la función de información e inspección de las Cámaras, y su papel es instrumental respecto de las demás funciones parlamentarias, Sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 22 de octubre de 1975, núm. 231. En la doctrina portuguesa, vid. FERREIRA, *Regime jurídico dos inquéritos parlamentares*, Coimbra, 1999, pp. 9-11, que estima que las Comisiones de investigación son la

aparentemente, una primacía del carácter fiscalizador del Parlamento, de la finalidad de control político[6].

3. Las Comisiones de investigación o de encuesta son órganos técnico-políticos (sin poder jurisdiccional alguno) de trabajo de las Cámaras[7], que desarrollan una actividad fiscalizadora o de control parlamentario sobre el ejecutivo. El objetivo de éstas Comisiones consiste en recabar toda la información necesaria sobre un determinado asunto de "interés público", por medio de un instrumento colegiado de carácter temporal integrado por una representación proporcional a la fuerza de los grupos parlamentarios en las Cámaras. Los resultados de la investigación pueden servir para una posterior resolución del Parlamento, o bien para exigir responsabilidades. Las Comisiones de investigación o de encuesta pueden conceptuarse como "un procedimiento cualificado con el que cuentan las Cámaras, que incluso en algunos casos realizan sus funciones fuera de las instalaciones del Parlamento, y cuya competencia se resume en la elaboración de un informe, fruto de los datos obtenidos, el cual carece de fuerza vinculante"[8]. Aparentemente, la esencia del mecanismo puede explicarse muy sencillamente: se confieren potestades extraordinarias al Parlamento, con la finalidad de que pueda ejercer una actividad

---

expresión constitucional de un mecanismo a través del cual se ejerce una función de fiscalización parlamentaria del poder ejecutivo por el poder legislativo.

[6] Se ha afirmado que las Comisiones de investigación ejercen una acción informativa que constituye un instrumento de control parlamentario; control que, al margen de que haya de ejercitarse de forma procedimentalmente reglada, no se practica, a diferencia del control jurisdiccional, con arreglo a parámetros de legalidad, sino de oportunidad, y así, las Cámaras están en condiciones de ejercitar su función de control político de la actividad gubernamental; al respecto vid., PUNSET BLANCO, "Comisiones de las Cámaras", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995, p. 147; PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, "Comisiones de investigación o estudio, reflexiones en torno a experiencias recientes del Congreso de los Diputados", en *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control Parlamentario*, Madrid, 1997, pp. 384-387; y DE ESTEBAN/GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de Derecho constitucional español*, vol. III, Madrid, 1994, p. 595.

[7] La posibilidad de crear Comisiones de investigación corresponde a las Cortes Generales, pero también a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; aunque el texto constitucional solamente se refiera explícitamente a las primeras.

inspectora que le permita conocer y examinar con profundidad un problema de interés general y sacar conclusiones sobre el mismo[9].

1.2. Derecho comparado y antecedentes

1.2.1. Derecho comparado

1. El constituyente español de 1978, al regular la existencia de Comisiones parlamentarias de investigación, se incorpora a una tradición ya existente en el Derecho comparado, y que se inicia en las denominadas Constituciones de posguerra[10]. Tras la Segunda Guerra Mundial, y con la denominación de Comisiones de investigación o Comisiones de encuesta, la regulación de estas instituciones en los países de nuestro entorno se eleva paulatinamente al rango constitucional.

---

[8] Cfr. ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación...", p. 162.

[9] En opinión de ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (dir.), Tomo VI, Madrid 1998, p. 574, ninguno de los elementos que constituyen este órgano parlamentario se ha conformado en la realidad de manera simple y pacífica. Y en una línea similar se coloca TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 1, al afirmar que "es evidente que pocas personas hay satisfechas con el funcionamiento en España de las Comisiones parlamentarias de investigación. Las críticas son prácticamente unánimes y llevan a pensar que alguna responsabilidad por el penoso espectáculo que a veces se produce en torno a ellas la tiene un supuestamente defectuoso régimen jurídico de esta figura; (...) quizás se espera demasiado de estos órganos que no plantean problemas solamente en nuestro país sino que son un tipo de ente especialmente conflictivo en todos los regímenes parlamentarios".

[10] No obstante, en el constitucionalismo germánico, la figura de las encuestas parlamentarias goza de una tradición que se remonta a la Constitución prusiana de 1850, cuyo art. 82 regulaba las *"Enquête-Kommissionen"*, y posteriormente se contemplaron en el art. 34 de la Constitución de Weimar de 1919. También existen antecedentes en la Carta Constitucional Belga de 1831, cuyo art. 40 otorgaba el derecho a cada Cámara para realizar encuestas parlamentarias, cfr. GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 49; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", p. 366; y ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", p. 573.

La figura de la Comisión de investigación a través de la cual se realiza un control parlamentario, una labor de fiscalización, se encuentra presente por ejemplo en países como Italia, Alemania, Francia, Portugal, Bélgica, Grecia, Países Bajos, Gran Bretaña y Estados Unidos[11].

Algunas Constituciones atribuyen a las Comisiones de encuesta poderes análogos a los de los tribunales, como es el caso de Italia y Alemania. El artículo 82 de la Constitución Italiana de 1948 establece que :

> "Cada Cámara puede disponer encuestas sobre materias de interés público.
> A tal fin, nombrará entre los propios miembros una comisión formada de modo tal que respete la proporción de los varios grupos. La comisión de encuesta (*Commissione di inchiesta*)[12] procede a realizar las investigaciones y los exámenes con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial".

2. Como puede observarse, el ordenamiento italiano constitucionaliza el derecho parlamentario de investigación o encuesta, y además dota de unos poderes "parajudiciales" a estas Comisiones, lo cual, sin estar exento de contradicciones, establece en cierta forma tanto el alcance de sus poderes como

---

[11] Para un análisis detenido sobre las particularidades de las Comisiones de encuesta en el Derecho comparado vid.: SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación)*, Madrid, 1982, pp. 161-236; el interesante "DICTAMEN, *a requerimiento* de la Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, *acerca de sus* competencias, procedimiento y actuación", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 14, 1988, pp. 106-117; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 49-103; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS "Comparecencia ante las Comisiones de investigación. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y Senado", (BOCG-Congreso, Serie A, Núm. 54-I), en *Documentación* nº. 15, 1983, pp. 68-114; y GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, pp. 43-125.

[12] La doctrina italiana se ha ocupado de manera bastante amplia de las *commissioni di inchiesta* como manifestación del poder investigador de las Cámaras, al respecto vid. entre otros los trabajos de: FENUCCI, *I limiti dell' inchiesta parlamentare*, Milano, 1999; PACE, "Inchiesta parlamentare", en *Enciclopedia del diritto, vol. XX*, Varese, 1970, pp. 992 y ss; RECCHIA, "Le inchieste parlamentari e le garanzie fondamentali del cittadino", en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari; a cura di Giuseppe de Vergottini.* Rimini, 1985, pp. 17 y ss; COSTANZO, "Il parlamento inquisitore: aggiornamento sulla piú recente prassi parlamentare", en *Quaderni Costituzionali*, a. XI, nº. 2, agosto 1991, pp. 407 y ss; CIAURRO, "Prassi e problemi del procedimento d´inchiesta parlamentare, en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari; a cura di Giuseppe de Vergottini*, Rimini, 1985, pp. 115 y ss; DE VERGOTTINI, "Las encuestas parlamentarias en la Constitución italiana" (trad) Murillo de la Cueva, en *Revista de Política Comparada*. nº. 10/11, 1984, pp. 223 y ss.

los limites que deberá respetar en el desarrollo de la búsqueda de información, y en el examen de testigos. Aparte, otro sistema parlamentario de nuestro entorno en que las Comisiones de investigación han sido investidas jurídicamente de facultades instructoras similares a las que detentan los órganos jurisdiccionales es el de la República Federal Alemana[13]; la atribución de unas potestades inspectoras semejantes a la de los órganos jurisdiccionales se ha realizado en el plano constitucional, así el artículo 44 de la Ley Fundamental de Bonn (la *Grundgesetz*) dispone lo siguiente:

"1. La Dieta Federal (*Bundestag*) tendrá derecho, y si lo pide una cuarta parte de sus componentes obligación, de designar una Comisión de investigación (*Untersuchungsausschuss*), que reunirá en sesión pública las pruebas necesarias, si bien se podrá prescindir de la publicidad.

2. Para la obtención de las pruebas se aplicarán por analogía las normas de enjuiciamiento criminal (*Strafprozess*), sin perjuicio del secreto de la correspondencia, del correo y de los telégrafos.

3. Los tribunales y las autoridades administrativas estarán obligadas a prestar asistencia judicial y ejecutiva.

4. Los acuerdos de las Comisiones de investigación estarán exentos de toda revisión judicial, si bien los Tribunales serán libres en la apreciación y enjuiciamiento de los hechos que hayan dado origen a la investigación".

De manera similar, la Constitución de la República Portuguesa de 1976 dispone en su artículo 178[14]:

"1. La Asamblea de la República tiene las comisiones previstas en el Reglamento y puede constituir comisiones eventuales o para cualquier otro fin determinado.

---

[13] Las Comisiones de investigación en el marco de la República Federal Alemana han sido tratadas y analizadas junto a las Comisiones de encuesta en España por TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1998; también en castellano ZEB, "Informe sobre la organización, las funciones y el procedimiento de las Comisiones en el Bundestag", (trad) Jehl, en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa, (coord), Vittoria, 1994, pp.49 y ss; BOGDANDY, von / FORSTHOFF, "El derecho del Bundestag y de sus miembros a recibir información", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1994, pp. 189 y ss; y ELVIRA PERALES, "Comisiones de investigación en el "Bundestag". Un estudio de jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 19, 1987, pp. 263 y ss.

[14] Cfr. por ejemplo BOTTARI, "La investigación parlamentaria en el ordenamiento constitucional portugués", Sainz Araniz (trad), en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 15, 1986, pp. 183 y ss; y FERREIRA, *Regime jurídico dos inquéritos parlamentares*, Coimbra, 1999.

2. La composición de las comisiones corresponde a la representatividad de los partidos en la Asamblea de la República. (...)

5. Las comisiones parlamentarias de encuesta gozan de los poderes de investigación propios de la autoridad judicial. (...)".

No entraremos en detalle aquí sobre el Derecho comparado pues éste será objeto de análisis en capítulos posteriores; no obstante hay que resaltar la importancia de dos notas características que presentan estos instrumentos de control parlamentarios, en países como Italia, Alemania y Portugal: la primera es que se hallan previstas *ex constitutione*, y la segunda que están dotadas de unos poderes investigadores equiparables a los de la autoridad judicial.

Cabe destacar que en Francia, las Comisiones de investigación (*Commissions d'enquête*) no se hallan previstas por la Constitución de 4 de octubre de 1958, texto fundador de la Vª República, ni tampoco estuvieron contempladas en los textos constitucionales de las anteriores Repúblicas. La existencia de estas comisiones está actualmente prevista por el artículo 6 de la Ordenanza nº. 58-1100 de 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las Asambleas parlamentarias[15]. Como nota característica, el artículo 6, apartado I de la Ordenanza establece determinadas condiciones para la creación de una comisión de encuesta en relación con el Poder Judicial, y la difícil sostenibilidad de la división de poderes; así determina que: "No podrá ser creada una comisión de investigación sobre hechos que hayan dado lugar a actuaciones judiciales y durante todo el tiempo en que estas acciones estén en curso. Si una comisión hubiera sido ya creada, su misión finaliza en cuanto se inicia una acción judicial relativa a los hechos sobre los cuales estaba encargada de investigar"; esta previsión parece comprometida con la realidad, aunque en la práctica su aplicación no ha sido homogénea[16]. Por otra parte, pese a no tener un

[15] Esta Ordenanza ha sufrido dos importantes reformas, la primera de iniciativa senatorial (ley nº. 77-807 de 19 de julio de 1977) que amplía sensiblemente las capacidades de investigación de las comisiones de encuesta, y la segunda en 1991 (ley nº. 91-698 de 20 de julio de 1991) que impone el principio de la publicidad de las encuestas parlamentarias.

[16] Pues como acertadamente apunta GUCHET, "La información parlamentaria en Francia",(trad) Cueto/Sánchez Saudinós, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias.* Madrid, 1994, p. 218, la rigurosa interpretación de tal disposición podría evidentemente llegar a impedir a las Cámaras examinar hechos demasiado molestos para el

reconocimiento constitucional, ni una equiparación de poderes y limitaciones con la autoridad judicial, las Comisiones de encuesta en Francia tienen atribuidas amplias facultades en el ejercicio de su labor investigadora, así, conductas como la incomparecencia, la negativa a declarar o el falso testimonio llevan aparejadas sanciones penales[17].

Esta primera y breve aproximación a la figura de la investigación parlamentaria en el marco del Derecho comparado nos aporta datos reveladores, como la existencia bastante generalizada en los países de nuestro entorno de un instrumento fiscalizador y de control parlamentario dotado de unos poderes y unas facultades especiales. En el ejercicio de estos poderes existirán situaciones problemáticas en el ámbito de las relaciones entre la encuesta parlamentaria y el Poder Judicial, y en el ámbito de las garantías y los derechos de los ciudadanos que comparecen ante ellas.

1.2.2. Antecedentes en España

1. La vigente Constitución de 1978 es el primer texto de rango constitucional[18] en el que aparece un precepto referido al poder investigador de las Cámaras a través de Comisiones de investigación o de encuesta. Los referentes constitucionales del siglo XIX respecto a las comisiones de investigación se caracterizan por lo siguiente: el criterio seguido por el

---

Gobierno, en la medida en que el concepto de acción judicial engloba no solo el procedimiento de instrucción "*stricto sensu*", sino también los actos necesarios para la investigación y el esclarecimiento de las infracciones a la ley penal. Bastaría con que diversas diligencias fuesen iniciadas a instancia del Ministerio Fiscal emplazado bajo la autoridad jerárquica del Ministro de Justicia, para que las investigaciones sean obstaculizadas. Sin embargo las Cámaras han procurado siempre evitar esto.

[17] Cfr. artículo 6. III de la Ordenanza n. 58-1100 de 17 de noviembre de 1958, en el que se tipifica expresamente la figura de la incomparecencia y de la negativa a declarar, así como la pena correspondiente. En el caso de falso testimonio o soborno de testigos se prevé la figura del reenvío a los artículos 434-13, 434-14 y 434-15 del Código penal.

[18] Estiman, con acierto desde nuestro punto de vista, ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", p. 595, que el rango constitucional de su reconocimiento confiere además a las Comisiones de investigación el carácter de bien constitucionalmente garantizado, decisivo para ponderar los supuestos de conflicto o contradicción con otros bienes o derechos constitucionales.

constituyente ha sido la no inclusión de las Comisiones de investigación en los textos constitucionales[19]. Ante la ausencia en los textos constitucionales de cualquier referencia a los órganos parlamentarios de encuesta, éstas se consideraban implícitamente ubicadas en los reglamentos de las Cámaras, como un subtipo de las Comisiones especiales[20]. Frente a la inexistencia de referentes constitucionales, sí que ha existido, en todo caso, una previsión reglamentaria de las Comisiones de investigación en el parlamentarismo histórico español[21]. Como primer antecedente normativo en el que se contiene expresamente la previsión de las Comisiones de investigación, la doctrina[22] hace referencia al artículo 67 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 25 de junio de 1867. Este artículo al contemplar los medios parlamentarios de información establece que:

---

[19] Para autores como SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, p. 241, este silencio constitucional no tiene nada de extraño en lo referente al siglo XIX, ya que durante esa centuria una buena parte de los textos constitucionales callaban sobre dicho extremo, considerándose por la doctrina de entonces que se trataba de un poder inherente a las funciones expresamente reconocidas a las Cámaras legislativas. Una opinión similar es mantenida por ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, p. 10.

[20] Cfr. TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, 1998, p. 31.

[21] Estos precedentes reglamentarios de las Comisiones de investigación en nuestra vida parlamentaria han sido analizados, y en algunos casos de forma muy detallada, entre otros por: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 7 y ss; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, pp. 27 y ss; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 8-56; ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", pp. 580 y ss; SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, pp. 241 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno,* vol. I, Navarra, 2000, pp. 360 y ss; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 41; y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 10, 1986, pp. 149 y ss.

[22] Cfr. ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", pp. 581-582; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, pp. 36-38; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, p. 11; y GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 8, que considera que a través del artículo 67 este Reglamento parece reconocer, de forma indirecta, la posibilidad de crear Comisiones

"Las Comisiones podrán invitar, para que las auxilie en sus trabajos, al Diputado o Diputados que considere oportuno.

Exceptúanse las *Comisiones* que se nombren para cualquier *investigación parlamentaria*, las cuales tendrán la facultad de acordar, por mayoría, que las auxilien los individuos de dentro o fuera del Congreso que puedan contribuir a ilustrar la cuestión de que se trate."

2. Este precepto constituye el precedente normativo más remoto de las Comisiones de investigación tal como se entienden en la actualidad, pues ya se les otorga la facultad que contribuye a su diferenciación respecto del sistema de comisiones en general: la comparecencia de personas ajenas a la Cámara para suministrar información[23]. Así, hay quien llega a deducir que la invitación a comparecer ante la comisión, contenida en el artículo 67, entraña un deber de comparecencia, base y fundamento mismo de cualquier sistema de investigación parlamentaria[24]. La inexistencia de regulaciones normativas específicas sobre esta figura no ha sido obstáculo, sin embargo, para la creación de comisiones de encuesta. Y, a falta de normas específicas, dos tipos de previsiones han dado cobertura formal a las Cortes para la realización de investigaciones parlamentarias: las correspondientes a algunas funciones materialmente jurisdiccionales de las Cortes, y las normas generales sobre Comisiones contenidas en los Reglamentos[25]. El periodo histórico de la Segunda República española, contó con la creación de varias comisiones investigadoras[26], como por

---

parlamentarias de investigación distinguiéndolas de otras Comisiones parlamentarias específicas de carácter permanente o especiales.

[23] Cfr. TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, p. 38.

[24] Esa es la opinión de ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, p. 12.

[25] Así lo han puesto de relieve ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", p. 582.

[26] Durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1931, se consideró la posibilidad de dotar de rango constitucional a las Comisiones de investigación. Las Comisiones de investigación y su regulación estuvieron previstas en el Anteproyecto de Constitución de la Segunda República, así como en el Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Constitucional, pero finalmente la retirada del artículo 57 del Proyecto constitucional impide el reconocimiento de las Comisiones de investigación en el máximo nivel constitucional. Vid.

ejemplo la *Comisión de Responsabilidades*[27], la *Comisión investigadora de los sucesos ocurridos en Sevilla*[28], la *Comisión parlamentaria encargada de investigar sobre los sucesos de Casas Viejas*[29], o la *Comisión especial designada*

---

ampliamente: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 13-21.

[27] Constituida durante el proceso constituyente republicano con la intención de investigar y depurar responsabilidades por sucesos anteriores a dicho período, y que al final se resumirían en la acusación de Alta Traición que las Cortes constituyentes imputan a Alfonso XIII en la sesión de 19 de noviembre de 1931; para una reconstrucción detallada vid.: ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 18-29.

[28] Los hechos que generan la creación de esta comisión investigadora son los siguientes: El día 18 de julio de 1931 en Sevilla se vive un ambiente de enorme tensión a raíz de una huelga de cerveceros de la Casa Osborne, que produce un enfrentamiento entre huelguistas y esquiroles con el resultado de un obrero muerto, constituyendo este hecho el primer eslabón de una escalada de enfrentamientos entre las fuerzas públicas y los trabajadores. El día 20 los obreros sevillanos tratan de conducir el cadáver del obrero muerto el día 18, y celebrar con este motivo una manifestación de protesta, que no es permitida por el Gobernador, se produce un enfrentamiento en el que mueren dos guardias de seguridad, y resultan muertos y heridos varios obreros. Se proclama la huelga general. El día 22 se declara el Estado de Guerra, y se ordena, entre otras muchas, la detención de cuatro destacados militantes comunistas sevillanos. Los hechos que promueven la creación de la Comisión investigadora suceden cuando alrededor de las cuatro de la madrugada del día 23 se ordena el traslado del Gobierno Civil de estos cuatro obreros detenidos durante la revuelta. Llegando al Parque de María Luisa, la camioneta en que son trasladados los detenidos sufre un pinchazo, y cuando los vehículos de la comitiva se detienen para reparar la avería se produce un asalto, y un grupo de gente armada dispara sobre los coches. Los cuatro detenidos, reconocidos militantes comunistas, intentan correr, pero son alcanzados y muertos. Proponen 16 diputados socialistas la creación de una Comisión de investigación que esclareciera los hechos y averiguase las posibles responsabilidades contraídas por los Agentes del Gobierno y la Administración. La proposición fue objeto de debate y votación para su creación el 28 de junio, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, nº. 10, de 28 de julio de 1931, p. 187. El Dictamen de la Comisión se contiene en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española* nº. 21, apéndice 2.º, de 14 de agosto de 1931.Vid. sobre la reconstrucción de los hechos, y sobre el posterior desarrollo de los trabajos de la comisión: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 23-28; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 30-32; y TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, pp. 50 y ss.

[29] Como explica ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, p. 33, el 8 de enero de 1933 la Federación Anarquista Ibérica (FAI) hizo un llamamiento a la insurrección general que provocó graves incidentes en Cataluña, Aragón, Levante y Andalucía, con una respuesta represiva contundente y un elevado número de muertos. De estos incidentes, los de mayor gravedad y repercusión fueron los que sucedieron en la localidad gaditana de Casas Viejas, lo que llevaría a una fuerte crisis de Gobierno, con la interposición contra este de una moción de censura (*Diario de Sesiones de las Cortes de la República Española*, nº 301, de 24 de febrero de 1933, p. 11456). El 11 de enero de 1933 un grupo numeroso de vecinos del municipio de Casas Viejas, en la

para investigar los hechos relativos a las importaciones de trigo decretadas durante el año 1932. Estas comisiones contaban únicamente con la escasa cobertura legal que derivaba de los Reglamentos de las Cortes correspondientes[30].

3. En cuanto a las Comisiones de investigación durante la etapa del régimen franquista, la doctrina[31] coincide en señalar que, debido a los principios inspiradores de la dictadura franquista, que se asentaban en la omnipotencia del Jefe del Estado, impedían en cualquier caso que unas Cortes orgánicas ejercieran la fiscalización del Ejecutivo propia de un sistema político democrático[32]. En el plano formal, la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, establecía en su artículo 15 II lo siguiente:

---

provincia de Cádiz, se personaron en la casa del Alcalde, comunicándole que habían proclamado el comunismo libertario, y que a partir de entonces no habría autoridades. Esto provocó un enfrentamiento en la casa cuartel en el que murió un guardia civil, y otro fue herido de gravedad. A raíz de este suceso se produjo una represión brutal por parte de las fuerzas del orden público, que se saldó con una veintena de muertos. Se ordenó la quema de una choza, donde murieron aproximadamente seis rebeldes, y posteriormente fueron fusilados todos los sospechosos detenidos. Estas actuaciones suscitaron la duda de si las fuerzas del orden público habían actuado con conocimiento del Gobierno o de sus representantes. Para el esclarecimiento de los hechos se crea una comisión de investigación por el pleno el 24 de febrero de 1933 (*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, de 24 de febrero de 1933, p. 11458). Para la descripción de los hechos, y la evolución de los posteriores trabajos de la comisión vid.: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 28-30; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, p. 52; y ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 33-35.

[30] Por citar un ejemplo, al referirse al Reglamento Provisional de las Cortes Constituyentes de 18 de julio de 1931, GARCÍA MAHAMUT concluye que podían constituirse, al amparo del artículo 35.1, Comisiones de investigación, adquiriendo la naturaleza de subespecies de las Comisiones especiales, ob. cit. p. 31.

[31] GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 44-45; y TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, pp. 59-60.

[32] Vid. para un estudio exhaustivo de los procedimientos de fiscalización y control en las Cortes franquistas: GARRORENA MORALES, *Autoritarismo y control parlamentario en las Cortes de Franco. Apuntes para un análisis crítico*, Murcia, 1977, passim, que acaba exponiendo el carácter puramente semántico de los instrumentos clásicos de fiscalización en los regímenes autoritarios.

"Las Comisiones legislativas podrán recibir del Presidente de las Cortes otros cometidos, tales como realizar estudios, practicar informaciones y formular peticiones o propuestas. Podrán constituirse para estos fines en Comisiones especiales distintas de las legislativas".

Mediante la interpretación de este precepto, la doctrina estableció la posibilidad de derivar de él la creación de Comisiones de investigación[33]. Aunque el único precedente que se dio fue la *Comisión Especial de estudio, información y propuesta en relación con los créditos otorgados por organismos oficiales a la empresa Maquinaria Textil del Norte de España S.A.* (MATESA), creada en 1969[34].

4. Finalmente, con la Constitución de 1978, las Comisiones de investigación o encuesta alcanzan por vez primera en la historia del constitucionalismo español, su reconocimiento en la Norma Fundamental, concretamente en el artículo 76. Y como observan ASTARLOA/CAVERO la Constitución, por primera vez en nuestra historia parlamentaria llama a la Ley para que establezca sanciones a quienes incumplan el deber constitucional de comparecer a requerimiento de una Comisión de investigación, planteando al legislador ordinario la necesidad de resolver diversos extremos[35]. Uno de estos

[33] Lo recogen GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 45; y TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, p. 61: señalando a ZAFRA VALVERDE, *Régimen Político de España*, Pamplona, 1973, p. 378; FRAGA IRIBARNE, *El Reglamento de las Cortes españolas*, Madrid, 1959, p. 225; y FRAILE CRIVILLÉS, *Introducción al Derecho constitucional español*, Madrid, 1975, p. 534.

[34] TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, p. 61, explica que se constituyó por Decreto de las Cortes de 23 de octubre de 1969; y que los hechos que provocaron su creación consisten en la obtención por la empresa Maquinaria Textil del Norte de España S.A. (MATESA) de diversos créditos oficiales a la exportación por importe de más de diez mil millones de pesetas. Los créditos fueron otorgados a pesar de que dicha empresa estaba atravesando por una situación de insolvencia previsible conocida por el Gobierno, y además, parte de las exportaciones cuya realización justificaba la obtención de los créditos no se había efectuado realmente.

[35] ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", p. 599.

extremos lo constituye el establecimiento de sanciones penales[36] en caso de incomparecencia o falso testimonio ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma; tema que será el objeto central del presente estudio.

1.3. Precisión terminológica

1. Para referirse a los *poderes* de los Parlamentos, dirigidos a inspeccionar posibles irregularidades del Gobierno y de su Administración, observamos que en el Derecho Comparado se emplea una terminología diversa, y en consecuencia, se han calificado como *poderes de encuesta* o como *poderes de investigación*[37]. También existe una dualidad en cuanto al léxico empleado para referirse a estas comisiones. Así, en los países de nuestro entorno cultural responden en algunos casos a la denominación "Comisiones de *investigación*", y en otros a la de "Comisiones de *encuesta*"[38].

2. ARÉVALO GUTIÉRREZ ha señalado, y a su opinión se ha sumado buena parte de la doctrina, que "*prima facie* esta dicotomía no tiene jurídicamente un carácter determinante, ya que bajo cualquiera de las dos

[36] El tipo delictivo se halla en el artículo 502 del Código penal de 1995 (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal).

[37] Cfr., MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000., p. 352.

[38] Han puesto de relieve esta dualidad lexicológica autores como, ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995, pp. 122 y ss.; del mismo, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, pp. 161-162; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, pp. 83 y ss.; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 66 y ss; y MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000., pp. 352-353.

denominaciones late una misma idea"[39]. Parece pues, que jurídicamente no existe diferencia, y que por tanto pueden emplearse indistintamente ambos términos. La equiparación semántica es tan evidente que incluso el Reglamento provisional del Congreso de los Diputados de 1977 utilizaba indistintamente ambas denominaciones en su artículo 124, y tanto el artículo 11.6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Castilla-La Mancha, como el artículo 45 del Reglamento del Parlamento Vasco, se refieren de forma unitaria a las Comisiones de investigación y/o encuesta[40].

En España se ha venido utilizando tradicionalmente el término *investigación*[41], y es el que se aparece en el vigente artículo 76 de nuestra Constitución. La doctrina, tras realizar un análisis del significado[42] de ambos términos entiende más acertada la denominación "Comisiones de encuesta"[43], aunque debido al uso más extendido entre nosotros del vocablo "investigación",

---

[39] Cfr., ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995, p. 122; mantienen exactamente esta misma postura: TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, pp. 84; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 68; y MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000., pp. 352.

[40] Cfr., ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995, p. 122; y TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, pp. 84.

[41] Ya desde el artículo 67 del Reglamento de 1867.

[42] El vocablo "*investigar*", procedente del latín *investigare,* significa "hacer diligencias para descubrir una cosa", y junto a esta acepción tiene otra que consiste en "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático, con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia".

El término "*encuesta*", proviene del francés *enquête*, y significa en primer lugar "averiguación o pesquisa", y en una segunda acepción "acopio de datos obtenidos mediante consulta o interrogatorio, referentes a estados de opinión, costumbres, nivel económico o cualquier otro aspecto de la actividad humana". Cfr., REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomos I y II, Madrid, 1992.

[43] Así, ARÉVALO GUTIÉRREZ, *ob. cit., loc. cit.*; TORRES BONET, *ob. cit.,*p. 85; y NAVAS CASTILLO, *ob. cit.,*p. 70.

se suelen emplear, y nosotros lo haremos en ese trabajo, ambos conceptos de forma indiferenciada.

1.4. Los poderes y las especiales facultades atribuidas a las Comisiones de investigación, el deber de comparecencia, y el deber de veracidad

1. La nota que caracteriza de forma más relevante a las Comisiones de investigación parlamentarias, y que las distingue de otras figuras, es la de los poderes extraordinarios de que disponen para desarrollar su función[44]. Estos poderes extraordinarios se han venido denominando en el derecho comparado como: *the power to send for persons papers and records*[45]. De forma generalizada, tanto en el derecho Comparado como en el ordenamiento español, las Comisiones de investigación cuentan con unos poderes extraordinarios para ejercer sus tareas investigadoras, y esta característica las diferencia del resto de comisiones parlamentarias[46]. Es por tanto evidente que las Comisiones de

---

[44] Resulta esclarecedora la descripción que realizan ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (dir.), Tomo VI, Madrid 1998, p. 574, para quienes "aparentemente, la esencia del mecanismo puede explicarse muy sencillamente: se confieren potestades extraordinarias al Parlamento, con la finalidad de que pueda ejercer una actividad inspectiva que le permita conocer y examinar con profundidad un problema de interés general y sacar conclusiones sobre el mismo."

[45] Para ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, p. 415, las peculiaridades ínsitas a las encuestas parlamentarias han determinado la generalización de la atribución de poderes funcionales específicos en orden a dotar a la Comisiones encargadas de su desarrollo de todos los medios necesarios para llenar cumplidamente sus funciones, los cuáles se concretan, conforme al clásico anglicismo, en el denominado "*the power to send for persons papers and records*". Vid. también VÍRGALA FORURIA, "Las Comisiones parlamentarias en las Asambleas Legislativas Autonómicas", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº. 3, 1993, p. 79, para quién las Comisiones no pueden actuar adecuadamente en sus diversas funciones si no cuentan con la posibilidad de recibir el máximo de información posible, lo que se consigue con la comparecencia de personas que puedan aportar información sobre cualquier materia que sea de la competencia de la Comisión.

[46] Vid, entre otros muchos, SANTAOLALLA., *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación)*, Madrid, 1982, pp. 256

investigación gozan de una serie de facultades para el desarrollo de su función; pero en algunos casos estas facultades van a resultar verdaderamente problemáticas, en cuanto pueden afectar a determinadas materias que deben estar protegidas por la precisa reserva, o colisionar con otros poderes constitucionales, fundamentalmente los judiciales, o con los derechos fundamentales de las personas, especialmente los relativos a su intimidad, honor o imagen[47].

Para la regulación de estos problemáticos poderes existen distintas soluciones en el Derecho Comparado, que pueden ser reconducidas, a dos grandes variantes[48]: una primera consiste en establecer una legislación especial, y atribuir a esa legislación la regulación concreta de la materia[49]; una segunda posibilidad supone otorgar a este tipo de Comisiones los mismos poderes que posee la autoridad judicial, en cuyo caso sería aplicable la normativa procesal, al haberse asimilado la posición de la Comisión de investigación con la del juez instructor en el proceso penal[50].

---

y ss; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, pp. 163 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, 1996, pp. 230 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I.*, Navarra, 2000, pp. 353 y ss; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, pp. 91 y ss, y 304 a 343.

[47] Cfr. MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000, pp. 425-426.

[48] Vid., entre otros, NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 60; y el DICTAMEN, *a requerimiento de la* comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, *acerca de sus* competencias, procedimiento y actuación, en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 14, 1988, p. 108.

[49] Este sería el caso de países como Francia, Países Bajos o Bélgica.

[50] La declaración de aplicabilidad de la normativa procesal de los Tribunales de Justicia se produce en Alemania, Portugal, o Italia donde el artículo 82 de la Constitución Italiana establece que: "Cada Cámara puede ordenar encuestas sobre materias de interés público. A tal fin nombrará entre sus propios miembros una Comisión formada de manera tal que refleje proporcionalmente los grupos. La Comisión de encuesta realiza sus investigaciones y averiguaciones con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial."

2. En el ordenamiento español, lo peculiar de las Comisiones de investigación es, sin duda, la potestad de obligar a comparecer, bajo el apercibimiento de comisión de un delito, ante tales Comisiones, a sujetos ajenos incluso a la esfera gubernamental o parlamentaria. Y ello es especialmente destacable por cuanto que, el constituyente español no quiso[51], al contrario de lo que sucede en ordenamientos como el alemán o el italiano, una equiparación de los poderes de las Comisiones de investigación a los del Poder Judicial en fase instructora[52]. Así, las Comisiones de investigación no gozan en España de los mismos poderes que las autoridades judiciales, pero sí que tienen la facultad de requerir la comparecencia de cualquier persona; se establece de esta forma un deber de comparecencia que queda fijado como un deber de naturaleza constitucional.

3. De forma similar a la regulación existente de las Comisiones de investigación en el derecho Comparado, nuestro ordenamiento constitucional ha dispuesto un *plus* de facultades extraordinarias para que las Comisiones de investigación lleven a cabo sus objetivos. Estas facultades se reducen, fundamentalmente, al poder de las Comisiones de investigación para requerir la comparecencia obligatoria de los particulares según lo previsto en el artículo 76.

---

[51] En el borrador del texto constitucional se preveía la posibilidad de otorgar a la Comisiones de investigación "las mismas facultades que a las autoridades judiciales en relación con los particulares", si bien esta mención desapareció en el Anteproyecto constitucional , no volviéndose a plantear en los debates constituyentes.

Posteriormente, una proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, tomada en consideración por el Congreso de los Diputados el 20 de septiembre de 1979 (*BOCG,* Congreso, Legislatura Constituyente, nº 31, 20 de septiembre de 1979) y que finalmente no fue aprobada, aunque sí tramitada en ambas instancias (puede verse en *BOCG*, Congreso, Serie B, núm. 35-I, de 13 de junio de 1979), preveía en su artículo 1.º que las Comisiones de investigación "desarrollarán su actividad con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial"; disposición que, sin embargo, desaparece ya en el informe de la ponencia. Cfr RODRÍGUEZ COARASA, "Actividad parlamentaria y proceso judicial: delimitación de competencias de las Comisiones parlamentarias de investigación, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 87, 1997, p. 269; y DICTAMEN, *a requerimiento de la* comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, *acerca de sus* competencias, procedimiento y actuación, en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 14, 1988, p. 151.

[52] Cfr., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, p. 63.

2 de la Constitución. Esta posibilidad ha sido recogida por nuestra Norma Fundamental en el apartado 2 del artículo 76 que establece que:

"Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley[53] regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación".

Este precepto establece una obligación de carácter general y una remisión a la ley[54] para que arbitre las posibles sanciones en caso de incumplimiento. El desarrollo legal previsto por la Constitución se plasmó en la "*Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras*". Esta ley viene a cumplir el mandato constitucional, al "establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave"[55].

Cabe observar sin embargo, que el artículo 76. 2 de la Constitución señala que debe ser la ley la que determine las sanciones imponibles en caso de incomparecencia, pero en ningún caso establece de forma expresa que esa

---

[53] La Constitución, por primera vez en nuestra historia parlamentaria llama a la ley para que establezca sanciones a quienes incumplan el deber constitucional de comparecer a requerimiento de una Comisión de investigación. Cfr. ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), Tomo VI, Madrid 1998, p. 599.

[54] El hecho de que el propio artículo 76.2 de la Constitución disponga que será la ley la que regule las sanciones en caso de incumplimiento de esta obligación ha sido considerado como muy positivo por la doctrina constitucionalista, así SANTAOLALLA., *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación)*, Madrid, 1982, pp. 256-257, estima que con ello , y de modo acertado se recoge el principio de legalidad de las sanciones proclamado en el artículo 25. 1 de la Constitución. De esta forma se excluye que las sanciones puedan regularse por los Reglamentos de las Cámaras. Sólo las normas de rango legal son competentes al respecto; son de la misma opinión GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, 1996, p. 230, nota 274; y NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 39.

[55] Así se contempla en el párrafo final del preámbulo de la Ley Orgánica 5/1984 de 24 de mayo, (BOE de 26 de mayo de 1984).

sanción deba ser una sanción penal. Por tanto, también hubiese sido posible la configuración por ley de una sanción administrativa, (aunque esta opción plantea dificultades en cuanto al órgano competente para imponer la sanción como se verá más adelante). No contiene por tanto el artículo 76.2 de la Constitución un mandato expreso de criminalización, pero el legislador ha optado por recurrir a una sanción penal para castigar la incomparecencia ante una Comisión de investigación; en este caso la forma que debía revestir la ley que regulara este supuesto no podía ser otra que la de una ley orgánica[56].

4. El artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, disponía que:

1. *"El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave.*
2. *Cuando a juicio de la Presidencia de la Cámara se pusiesen de manifiesto causas que justifiquen la incomparecencia, podrá efectuarse una ulterior citación, en los términos previstos en el artículo segundo."*

Este artículo contenía pues un tipo penal específico, que era la concreción de un supuesto preciso considerado por el legislador como constitutivo de desobediencia grave[57]; en este artículo sólo queda determinado el supuesto de

[56] Por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, y a tenor de lo que establece el artículo 81 de la Constitución.

[57] Para FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", en *Revista de las Cortes Generales*. nº. 27, 1992, p. 14, la L.O. 5/1984, de 24 de mayo, venía exigida fundamentalmente por la inexistencia de un tipo específico en el Código penal para incardinar la sustracción al requerimiento de las Cortes Generales, dado que la redacción del artículo 76.2 CE parecía impedir, en principio, remitirse a los genéricos de desobediencia previstos en la normativa penal. Caso contrario, hubiera bastado con señalar que la incomparecencia sería castigada con las sanciones previstas en el Código penal.

hecho, pero la sanción se establece mediante la controvertida técnica de la remisión; puesto que para determinar la sanción imponible al incumplimiento voluntario del requerimiento, se remitía a los artículos del Código penal en los que se regulaba la "desobediencia grave"[58].

5. El despliegue de sanciones penales previsto por la ley, para el supuesto de un incumplimiento voluntario de comparecencia ante las Comisiones de investigación, constituye el aspecto procedimental más relevante y peculiar de la investigación parlamentaria, y lo que hace a ésta diferente de cualquier otra actividad requisitoria de otras comisiones parlamentarias[59]; en este sentido la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código penal va a suponer importantes modificaciones en la regulación de las sanciones por el incumplimiento del deber constitucional de comparecer a requerimiento de las cámaras que contempla el artículo 76.2 CE.

En primer lugar, la Disposición Derogatoria, como su nombre implica, deroga el artículo 4º de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, en el que se regulaba la responsabilidad penal por incomparecencia voluntaria.

En segundo lugar, el Código penal incorpora por primera vez en su historia un tipo dedicado a la sanción penal por incomparecencia, y de este modo el artículo 502.1 establece lo siguiente:

---

[58] Así, el artículo 237 del Código penal texto refundido por Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre (en adelante ACP) disponía: "Los que, sin estar comprendidos en el artículo 231, resistieren a la Autoridad o a sus agentes , o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 50.000 pesetas". Aunque posteriormente, mediante LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, se elevó la cuantía de la multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

[59] Vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, p. 193.

"Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años".

En tercer lugar, el Código penal extiende el régimen penal de las incomparecencias ante las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas[60]. Esta extensión efectuada por el legislador penal constituye una importante novedad, que sin embargo, y como se verá en el desarrollo de este trabajo, no está exenta de importantes dificultades interpretativas. Hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, el castigo quedaba contraído a los incomparecientes ante las Comisiones de investigación creadas en las Cortes Generales, y venía regulado en la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras. Distintamente, la comparecencia ante las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas era, o bien una *obligación política* (para los miembros del Consejo de Gobierno respectivo), o bien un deber sin sanción (para los empleados públicos de la administración correspondiente), o bien una acto de buena voluntad (en el caso de los particulares)[61].

---

[60] Artículo 502.1: [...] *dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma* [...]

[61] Vid., ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, p. 65-66; para el autor, a partir del Código penal de 1995, las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas "no tendrán que confiar ya en la buena disposición de los llamados a comparecer, en que, como se lee en algún Reglamento, lo tengan a bien. No tendrán que temer tampoco lo que de desprestigio y debilitamiento institucional conlleva, siempre, la negativa impune de quienes, llamados a comparecer, desatienden el requerimiento parlamentario". Parece conveniente apuntar que la equiparación plena que realiza el artículo 502.1 del Código penal, entre las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas va a plantear problemas de determinación (sobre todo de la normativa aplicable), y también

En cuarto lugar, el Código penal de 1995 en su artículo 502[62], además de la incomparecencia, y de forma novedosa, tipifica la conducta de quien "convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio". Se configura de esta manera un *falso testimonio parlamentario*, que será punible cuando se produzca tanto ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales, como ante una creada en la Asamblea Legislativa de una Comunidad autónoma. Como breve apunte, hay que significar que este nuevo tipo penal accede al Código con alguna peripecia[63], fruto de dos enmiendas del Grupo Parlamentario Federal IU-IC del Congreso, y vinculado en un principio al delito de falso testimonio en los procedimientos administrativos[64] que finalmente no vería la luz.

El artículo 502 del nuevo Código penal deroga y sustituye el artículo 4 de la L.O. 5/1984, aunque no aporta grandes novedades en su contenido. Y además crea un nuevo tipo penal, desestimado[65] en la LO 5/1984, de falso testimonio. De hecho, la incidencia principal del Código penal se ha producido en relación con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, al extender la obligación jurídica de comparecer ante las Comisión de investigación de éstas, castigando la incomparecencia voluntaria con idéntica pena que la prevista para

---

asimetrías en cuanto al bien jurídico, puesto que el deber de comparecencia no tiene la misma intensidad en una u otra sede. Pese a estas dificultades, la mayoría de la doctrina constitucionalista saluda con euforia la creación de este nuevo tipo penal.

[62] Artículo 502.3 Código penal: "El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses".

[63] En palabras de ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, p. 80.

[64] *BOCG, Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, p. 62.

[65] Ampliamente vid. ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las Comisiones de investigación", en *Teoría y Realidad constitucional*, nº. 1, 1998, pp. 156 y ss.

la negativa a comparecer ante las Comisiones investigadoras de las Cortes Generales[66].

2. La novedad de las figuras delictivas contenidas en artículo 502 del Código penal de 1995. Antecedentes legislativos próximos.

2.1. El artículo 155 del Código penal de 1973

1. El artículo 76.2 de la Constitución estableció, en el año 1978, no sólo la obligación de comparecer a requerimiento de las Cámaras, ante una Comisión de investigación; sino que junto a ella, dispuso expresamente que "la ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación". Esta "llamada" que la Norma Fundamental hacía a la ley para que estableciera y regulara las sanciones por incomparecencia, no tuvo su concreción normativa hasta que cinco años después, en 1984 se creó la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras. El artículo 4.1 de dicha ley disponía que: "El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave".

La doctrina constitucionalista[67] observa que el artículo 76.2 CE establecía una "norma imperfecta, carente de sanción", que delegaba la regulación de la sanción imponible, a todos aquellos que voluntariamente dejaran de comparecer, a una ley posterior, la cual, debido al ámbito de la norma (que afecta a los

---

[66] Ampliamente, ASTARLOA/CAVERO, "Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las Comisiones de investigación", pp. 156 y ss.

[67] Vid., ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, p. 190; y NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 61.

derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos), tenía que revestir la forma de ley orgánica, conforme al artículo 81 CE. El precepto, no obstante, no precisaba ni la naturaleza ni la gravedad de la sanción, y su concreción quedaba en manos del legislador, al que impedía, eso sí, dejar sin sanción la incomparecencia[68]. Hay que precisar que no nos encontramos ante una obligación expresa de castigar penalmente, incluso ni siquiera ante una obligación constitucional tácita de penar[69].

2. Antes de que entrara en vigor la LO 5/1984, y ante la inexistencia de una norma específica que tipificase el incumplimiento de este deber constitucional, la doctrina especuló acerca de cuál debía ser la sanción aplicable, en un intento de hacer inmediatamente efectiva la obligación de comparecencia[70]. Esto llevó, a varios autores a propugnar la aplicabilidad del artículo 155 del Código penal, cuyo texto era el que sigue:

"Los que ataquen o entorpezcan, en cualquier forma, la labor de las Cortes, serán castigados con la pena de prisión menor".

Para SANTAOLALLA, y ante la ausencia de ley alguna que regulara las sanciones por incomparecencia ante Comisiones de investigación, sólo el artículo

---

[68] ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, p. 68 –69, opina que no habría sido fácil optar por otra vía que no fuera la penal.

[69] Ampliamente sobre el tema vid., PULITANÓ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", en *RIDPP*, 1983, pp. 495 y ss; BRICOLA, "Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela", en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo 2, Canestrari/Melchonda (Dirs.), Milano, 1997, pp. 1486 y ss; MORALES PRATS, "Funciones del Derecho penal y sociedad civil", en VVAA, *Il diritto penale alla svolta di fine millenio. Atti del Convenio in ricordo di F. Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Canestrari (Dir.), Torino, 1998, pp. 61-62; SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Elcano (Navarra), 2001, pp. 865 y ss.

[70] Cfr., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 10, 1986, p. 162; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, p. 190-191; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 61.

155 del Código penal tiene una relación directa con la obligación de comparecencia, ya que el castigo se prevé para *los que de cualquier forma entorpezcan la labor de las Cortes*, por lo que no parece existir inconveniente, para el autor, en que el mismo se aplique a los que se nieguen a comparecer a requerimiento de las Comisiones de investigación[71]. De hecho, incluso hay quien, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, proponía que se aplicase el artículo 155 del Código penal para el supuesto de incomparecencia ante Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas[72].

Sin embargo, no fue ésta una solución aceptada de forma unánime por la doctrina[73]. El primero en discrepar fue MURILLO DE LA CUEVA, quien

---

[71] Cfr., SANTAOLALLA., *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación)*, Madrid, 1982, pp. 257-258. A esta primera opinión se suma la de ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, p. 191, quien estima acertada la postura de SANTAOLALLA, y considera que el artículo 155 del Código penal es aplicable al supuesto de hecho de la incomparecencia parlamentaria, como conducta entorpecedora de la labor de las Cortes.

[72] VÍRGALA FORURIA, "Las Comisiones parlamentarias en las Asambleas Legislativas Autonómicas", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº. 3, 1993, p. 88, plantea la posibilidad de acudir a la legislación punitiva general del Estado, intentando subsumir la negativa expresa o tácita a comparecer, en alguno de los tipos establecidos en el Código penal y, concretamente, poniendo en relación el artículo 155 del Código penal con el artículo 160 bis del mismo código, introducido por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, conforme al cual: "Las mismas penas establecidas en los artículos anteriores de esta sección para los que atentaren contra las Cortes Generales o el Consejo de Ministros de la Nación, serán aplicables a quienes de igual modo lo hicieren contra las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, los Consejos de las mismas o sus miembros".

De entre las múltiples críticas que pueden hacerse a este razonamiento, aquí sólo señalaremos muy brevemente una: y es que, el deber de comparecencia ante las Cortes Generales figura en el artículo 76 de la CE – es un deber constitucional - , mientras que el deber de comparecencia en el supuesto de los Parlamentos Autonómicos no aparece reflejado ni en el texto constitucional, ni en las respectivas normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, ni en ley alguna. Sin hablar de la vulneración del principio de legalidad, el de tipicidad, el de determinación, el de proporcionalidad, etc.

[73] Cfr. NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, p. 61.

entendía[74] que, con independencia de los problemas que planteaba la aplicación de la analogía al Derecho penal, prescindiendo de las exigencias del principio de legalidad y, en definitiva, de la seguridad jurídica, no cabía duda de que el tipo penal contenido en el artículo 155 del Código penal no podía extenderse al la hipótesis de incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 76.2 CE.

Otra postura discrepante fue la mantenida por FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME, quien se oponía a la aplicación del artículo 155 Código penal, ya que salvo supuestos excepcionales, el que se sustrae a la comparecencia no está guiado por un dolo de "entorpecimiento" sino por el de elusión de la misma. Para este autor, no es posible pensar que dicho tipo pretendiera configurar un delito de resultado que sancionare el hecho efectivo del entorpecimiento[75]. Descartada la opción de aplicar el artículo 155 del Código penal, FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME analizaba la posible aplicación del artículo 237 del Código penal (que contenía el tipo de la desobediencia grave), pero tampoco consideraba correcta esta vía, ya que la Constitución, al describir un supuesto específico de desobediencia y remitir su sanción a una ley posterior, estaba contemplando un supuesto distinto a aquel de los tipos genéricos de la desobediencia a que se refiere el Código penal[76].

---

[74] Apunta también LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 10, 1986, p. 162, otros argumentos, como por ejemplo, que el artículo 155 del Código penal se refiere a acciones positivas con las que "se ataque o entorpezca la labor de las Cortes", lo que en ningún caso sucede cuando un particular deja de comparecer ante una Comisión de investigación; o que la pena (prisión menor) resulta absolutamente desproporcionada con la gravedad de la infracción.

[75] Cfr., FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", en *Revista de las Cortes Generales*. nº. 27, 1992, p. 10.

[76] Cfr., FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *ob. cit.*, pp. 11-12, que de forma muy razonable, concluye poniendo de relieve la necesidad, para los supuestos de incomparecencia ante las Cortes Generales, de dictar la mencionada LO 5/1984; pues, a falta de la misma, la conducta no podría ser subsumida en ninguno de los tipos previstos en el Código penal, ya que se trata de un tipo especial previsto y descrito en la propia Constitución, para el que se carecería de posibilidad de sanción mientras no se elaborase la ley exigida por el artículo 76.2 CE.

3. Nuestra postura hoy, años después, coincide, aunque por diversas razones, con aquellas que niegan toda posible aplicación del artículo 155 del Código penal al supuesto de hecho de una incomparecencia voluntaria ante una Comisión de investigación. Aunque debemos concretar esta afirmación, ya que las razones por las que, desde la óptica del Derecho penal, rechazamos ese supuesto difieren de las apuntadas por la doctrina constitucionalista. No es que los argumentos esgrimidos por MURILLO DE LA CUEVA y por FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME sean incorrectos (desde un punto de vista garantista nos parecen acertados), sino que existen razones distintas y *previas* que permiten excluir la aplicación del artículo 155 del Código penal a las incomparecencias parlamentarias.

Nuestro primer argumento implica poner en duda el hecho de que la *sanción* a la que se refiere el artículo 76.2 de la Constitución deba ser una sanción penal. Bien podría haber sido una sanción de orden administrativo[77]. Puesto que, como hemos advertido, no estamos ante una obligación constitucional expresa de penalización[78], como pueden ser los artículos 45.3, 46 y 55.2. de la Constitución, en los que expresamente se hace referencia, a las *sanciones penales*, la *ley penal*, o la *responsabilidad penal*. Tampoco pensamos que el artículo 76.2 contenga un mandato tácito de criminalización. Por contra, la doctrina constitucionalista en general, ha optado en acudir a la legislación penal para sancionar la incomparecencia ante Comisiones de investigación

[77] Abunda en esta idea MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000, p. 441, que considera, con acierto desde nuestro punto de vista que "[...] esta reserva legal se ha inclinado por la tipificación de la incomparecencia como un ilícito penal, pero ninguna objeción hubiera podido ponerse, para el caso de que la ley se hubiere inclinado por sanciones de naturaleza administrativa. Desde esta perspectiva, el modelo español puede calificarse de ambiguo y contradictorio, porque decidirse para sancionar las incomparecencias por la solución penal es más propio de aquellos modelos, típicos en derecho comparado, en los que las Comisiones de encuesta actúan con atribuciones "cuasi jurisdiccionales", lo que no sucede en nuestro ordenamiento parlamentario".

[78] En este tipo de obligaciones constitucionales de castigar, el margen de decisión del legislador ordinario sobre la punición de estas conductas queda reducido a cero, cfr., SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Elcano (Navarra), 2001, p. 867.

parlamentarias; unos pretendían aplicar de forma analógica y desorbitada el artículo 155 del Código penal a estos supuestos, y otros esperaban que una ley penal regulase un supuesto específico de desobediencia. Sin embargo, y respetando el principio de intervención mínima que ha de regir en el Derecho penal, el legislador debía mantener una aplicación subsidiaria, fragmentaria y mínima del Derecho penal; esto implicaba interpretar el artículo 76.2 CE desde estos presupuestos; lo que nos lleva a negar que la única interpretación fuera siempre como si el artículo 76.2 contuviese una remisión a la ley penal. De ello se desprende que, en espera de que una ley posterior[79] regulase las sanciones por incomparecencia, no sólo el artículo 155 del Código penal resultaba inaplicable a la incomparecencia, sino que quedaba vedada toda tentación de acudir a cualquier otro tipo penal vigente en aquél momento.

El segundo argumento, es la defectuosa técnica empleada por el legislador penal en la construcción del artículo 155 del CP. El artículo 155 del CP procedía de la reforma de 1944, y se incorpora al Título II dedicado a los "Delitos contra la seguridad interior del Estado"[80]. El ensanchamiento de la esfera de lo delictivo operada a partir de 1944, se manifestó en la incorporación de delitos cuya capacidad de poner en propio y verdadero peligro a la seguridad del Estado resultaba harto dudosa[81]. La acción típica es doble, de una parte *atacar* la labor de las Cortes, de otra *entorpecerla.* La amplitud de las conductas típicas de este delito no puede ser más grande; y la doctrina ya propuso una interpretación

[79] Cuando el artículo 76.2 CE determina que *una ley regulará las sanciones*, se refiere a una ley futura; y excluye la posibilidad de incluir la conducta en alguno de los tipos penales vigentes en la época.

[80] Señalaba QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por Gimbernat Ordeig, Madrid 1966, p. 510, y en referencia a la sección segunda ("Delitos contra las Cortes y sus miembros"), del Cap. I, Tit. II, que de los once artículos que contenía, nuevo en verdad, no era sino el artículo 155, ya que los demás habían ido pasando de unos Códigos a otros.

[81] Cfr., CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona 1978, pp. 117-118, que además ya advierte de las dificultades interpretativas para determinar el significado que pueda corresponder a la "seguridad interior del Estado" regulada en el Título II del Código penal.

restrictiva y subsidiaria[82]. La Ley de 19 de julio de 1944, al autorizar la publicación de un texto refundido del Código, dispuso en su artículo 2, B, 3 que: "Los artículos150 a 163 "Delitos contra las Cortes y sus miembros" serán derogados, sustituyéndose por otros en los que se sancionen los hechos realizados *por los que ataquen u obstaculicen la labor de las Cortes*". Por tanto, el art. 155 del Código penal quedó redactado de una manera muy similar a los términos contemplados en la citada Ley de 1944, y ello parecía responder a la finalidad de castigar todos aquellos hechos consignados en tal disposición que no resulten comprendidos en los restantes delitos contra las Cortes y sus miembros[83].

Estimo que lo realmente importante era la necesidad de adoptar formas de interpretación y de aplicación limitadoras del artículo 155 CP. Esta necesidad de restricción ya la puso de relieve CÓRDOBA RODA[84], quien observó que el tenor literal del art. 155 CP confería al delito una amplitud realmente desorbitada[85], y que de no restringirse la letra del precepto, resultarían subsumibles en él

---

[82] Observaba FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Murcia, 1948, p. 90, que la existencia de otras figuras delictivas, contenidas en los dos artículos siguiente hace muy difícil la aplicación del artículo 155; pues si el ataque reviste forma de injuria a las Cortes el hecho caerá bajo la sanción del artículo 156 y si consiste en la perturbación del orden de las sesiones o en las injurias, amenazas o coacciones a algún miembro, la penalidad aplicable sería la establecida por los diferentes párrafos del artículo 157.

[83] Cfr., CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona 1978, p. 152; y TERUEL CABALLERO, "La nueva rubricación "Delitos contra los altos organismos del Estado"", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, p. 120. Autores como RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal Español*. *Parte Especial*, (Revisada y puesta al día por Serrano Gómez), 12ª ed., Madrid, 1989, pensaron que el entorpecimiento de la labor, no consumada, de las Cortes, había de referirse por fuerza a los trabajos *in fieri* y con ello a la actividad interna de las Comisiones y a las relaciones de las Cortes con otros órganos del Estado; sólo que dicho autor no puso en duda la aplicabilidad del art. 155, ni se pronuncia sobre la amplitud del tipo, ni plantea una interpretación restrictiva.

[84] Son de la misma opinión: VIVES ANTÓN, en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vives Antón (Coord.), 2ª ed., Valencia, 1988, pp. 62-63; y POLAINO NAVARRETE, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/SEGRELLES ARENAZA, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Vol. III, Madrid, 1994, pp. 133 y ss.

[85] Cfr., CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona 1978, p. 153.

conductas tan poco merecedoras de ostentar la cualidad de delito, como la del – por poner un ejemplo – procurador que con sus persistentes y reiteradas intervenciones dificultase la labor de las Cortes[86]. Desde el punto de vista de la determinación de los elementos que integran la tipicidad, entendemos que el artículo 155 del CP adolece de una notoria imprecisión. Cuando el citado artículo habla de "en cualquier forma", sin hacer referencia a una efectiva incidencia en la actividad parlamentaria, está siendo excesivamente amplio y ambiguo, y dificulta en modo extremo la determinación de los elementos que habrán de caracterizar la descripción del tipo legal. Por ello debía limitarse la aplicación del art. 155 CP a los casos en que el *entorpecimiento* de la labor de las Cortes fuese mayor que el contenido en los artículos siguientes[87], dado que la pena era más grave. De hecho, hay quién ha llegado a declarar que: "subsiste la más absoluta incertidumbre en torno a las conductas prohibidas, por lo que el precepto debe estimarse contrario al artículo 25.1 de la Constitución (principio de legalidad)"[88].

Para concluir con nuestro planteamiento, divergente de la de aquellos que mantuvieron la aplicabilidad del artículo 155 del CP a los supuestos de incomparecencia ante una Comisión de encuesta parlamentaria, entre los años 1978 y 1984, debe añadirse que para una buena parte de la doctrina penalista, si la conducta típica de *entorpecer*, determina la exigencia de la práctica de una

[86] Cfr., CÓRDOBA RODA, *Ob. cit., loc. cit.*

[87] Defienden esta postura: VIVES ANTÓN, en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 62-63; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona 1978, p. 153, y POLAINO NAVARRETE, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/SEGRELLES ARENAZA, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. III, p. 135. Lo que nos lleva a mantener una opinión concordante con estos autores es que la pena prevista para el art. 155 CP era de *prisión menor*, y la prevista para los artículos siguientes era de *destierro* o *confinamiento*. Por ello nos parece del todo improbable considerar que la incomparecencia de un ciudadano ante una Comisión de investigación sea más perturbadora, para el ejercicio de la actividad parlamentaria, que la conducta (descrita en el art. 157 CP, y castigada con menor pena – confinamiento -) de quien emplea fuerza, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro de las Cortes asistir a sus reuniones.

[88] Cfr., VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, p. 63.

acción[89], entonces difícilmente una *omisión* como la incomparecencia podría subsumirse en el tipo.

2.2. Los artículos 5 y 6 de La Proposición de Ley sobre la obligatoriedad de la comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 1979)

1. En 1979 el Grupo Parlamentario Socialista presentó una proposición de ley que venía a regular la obligación de comparecer ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras[90], que fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso el 20 de septiembre de 1979[91]. En aquello que a nosotros nos interesa, como referente jurídico del artículo 502 del vigente Código penal, hay ciertos aspectos que cabe resaltar. Uno de ellos es que el artículo 1 atribuía a las Comisiones de investigación los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial[92]. Aunque finalmente, en el Informe de la Ponencia se sugiere la modificación de este artículo, y se suprime la equiparación de poderes con la autoridad judicial[93].

---

[89] Interpreta el tipo en la misma línea POLAINO NAVARRETE, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/SEGRELLES ARENAZA, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Vol. III, Madrid, 1994, pp. 133 y ss. No obstante la viabilidad de este argumento, no creo que sea relevante la distinción entre acción y omisión, pues de ambas maneras se puede "entorpecer" la labor de las Cortes.

[90] *BOCG*, Congreso, Serie B, núm. 35-I. Sobre la proposición de ley puede verse el "DICTAMEN, *a requerimiento* de la Comisión...", pp. 118 y ss.

[91] *BOCG*, Congreso, Legislatura Constituyente, núm. 31, 20 de septiembre de 1979.

[92] Artículo 1: "Las Comisiones de investigación nombradas por el Congreso de los Diputados, por el Senado o por ambas Cámaras, desarrollarán su actividad con los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial".

[93] Pueden consultarse las objeciones realizadas por el diputado MOSCOSO DEL PRADO, que advertía del peligro que representaba la atribución de estos poderes a las Comisiones de investigación, en la transcripción que hacen de su intervención ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes*

2. Otro aspecto relevante era que en el artículo 5 de la Proposición se establecía que "en caso de incomparecencia en la fecha señalada en el segundo de los requerimientos, el presidente podrá ordenar que la persona requerida sea conducida por la fuerza pública, sin perjuicio de la facultad de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, con objeto de que ejerza las acciones penales oportunas". El artículo 5 era consecuencia directa de la homologación de poderes con la autoridad judicial. De la regulación contenida en el artículo 5 existe una característica importante, y es que sólo la incomparecencia ante un segundo llamamiento reviste la importancia necesaria para poder realizar el tipo descrito en el artículo 6 cuyo tenor era el que sigue:

"*El particular que dejare voluntariamente de comparecer ante una Comisión de investigación a prestar su declaración incurrirá en el delito previsto en el artículo 237 del Código penal. Si se tratase de funcionario público, el delito será el previsto en el artículo 371, párrafo segundo del Código penal*".

El artículo 6 contenía pues dos tipos: uno de desobediencia (cometido por los particulares) que se construye con la técnica de la remisión al tipo genérico de desobediencia regulado en el artículo 237 del Código penal; y otro de denegación de auxilio, (cometido por funcionario público), construido con igual técnica pero con remisión al artículo 371 del Código penal. Nos llama la atención la desproporción penológica existente entre ambas figuras, ya que la desobediencia de particular se castigaba con la pena de arresto mayor y multa, mientras que la denegación de auxilio del funcionario público, tenía aparejada una pena de inhabilitación especial y multa[94].

Generales, Cádiz, 2000, p. 57; y GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, p. 233.

[94] Aunque en el informe de la Ponencia esta asimetría se invertía totalmente, pues propuso que la incomparecencia se calificase como delito de desobediencia; y cuando el infractor tuviera la condición de funcionario público se preveía una pena

La Proposición de ley fue aprobada por asentimiento de la Cámara, sin embargo, se detiene la tramitación parlamentaria, y la celebración de la elecciones generales de octubre de 1982 aborta definitivamente la aprobación de esta Proposición de ley[95].

2.3. El artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras

1. Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto, de manera similar a otros sistemas políticos democráticos cercanos, unas determinadas consecuencias para aquellas personas que desatiendan los requerimientos para comparecer ante una Comisión de investigación. En esta línea, el artículo 76.2 de nuestra Constitución impone la obligación constitucional de comparecencia ante una Comisión de investigación, y se remite a una ley posterior para que regule las sanciones por incumplimiento de esta obligación.

Esa Ley se dictó el 24 de mayo de 1984, y se denominó "Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras"[96]. En su preámbulo ya anunciaba

---

accesoria de suspensión de empleo o cargo público; Cfr., GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, p. 234.

[95] Cfr., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, p. 60.

[96] El texto íntegro de la Ley Orgánica 5/1984, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, número 54-V, de 11 de mayo de 1984, es el siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: La facultad de formar Comisiones de investigación atribuida por la Constitución a las dos Cámaras de las Cortes Generales configura un deber constitucional cuyas condiciones de ejercicio aconsejan, para su más correcta efectividad, el desarrollo normativo de los supuestos y consecuencias del incumplimiento voluntario de sus previsiones, así como la determinación de los derechos reconocidos a la persona requerida para informar. A tal fin, y sin perjuicio de las especialidades procedimentales establecidas en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, resulta necesario que la Ley fije el marco de garantías en que los supuestos sancionadores han de aplicarse. Por ello, la presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento validamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave.

la existencia de una sanción penal en caso de incomparecencia, y se pronunciaba en los términos siguientes: "[...] la presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento validamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave". La ley no amplía los poderes que se atribuyen a las Comisiones de investigación; más bien se limita a regular la forma de las

---

Artículo 1: 1. Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento de las Comisiones de investigación nombradas por las Cámaras Legislativas.

2. Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.

Artículo 2: 1. Los requerimientos para comparecer se formularán mediante citación fehaciente de la Presidencia de la Cámara respectiva o del Presidente del Congreso en el caso de las Comisiones Mixtas de investigación del Congreso y del Senado, en los términos establecidos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y en forma de oficio, en el que se hará constar: a) La fecha de acuerdo en virtud del cual se requiere y la Comisión de investigación ante la que se ha de comparecer. b) El nombre y los apellidos del requerido y las señas de su domicilio. c). El lugar, el día y la hora en que haya de comparecer el requerido, con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de desobediencia. d) El tema sobre el que deba versar el testimonio. e) La referencia expresa a los derechos reconocidos en esta Ley al requerido.

2. La notificación habrá de hacerse con quince días de antelación respecto de la fecha en que haya de comparecer el requerido. Cuando se considere que concurren circunstancias de urgente necesidad, podrá hacerse en un plazo menor que, en ningún caso, será inferior a tres días.

3. El requerimiento a las personas jurídicas se entenderá dirigido a quienes ostenten su representación legal, los cuales podrán comparecer acompañados por aquellas personas que designe el órgano social de administración correspondiente. Cuatro. Cuando el requerido reuniera la condición de funcionario público, se enviará copia de la citación a su superior jerárquico, a los solos efectos de su conocimiento.

Artículo 3: 1. El acto de comparecencia para informar ante Comisiones de investigación se desarrollará en la forma y por el procedimiento que establezcan los Reglamentos de las Cámaras. Previa conformidad del Presidente de la Comisión, el ciudadano requerido podrá comparecer acompañado de la persona que designe para asistirlo.

2. Si de las manifestaciones del compareciente se dedujeran indicios racionales de criminalidad para alguna persona, la Comisión los notificará así a la Mesa de la Cámara para que ésta, en su caso, a través de la Presidencia respectiva, lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Artículo 4: 1. El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave.

2. Cuando a juicio de la Presidencia de la Cámara se pusieren de manifiesto causas que justifiquen la incomparecencia, podrá efectuarse una ulterior citación, en los términos previstos en el artículo 2º.

Artículo 5. Los gastos que como consecuencia del requerimiento se deriven para los obligados a comparecer, les serán abonados, una vez debidamente justificados, con cargo al Presupuesto de la respectiva Cámara."

comparecencias ante ella y a establecer sanciones en orden a asegurar el cumplimiento de ese deber, así como las garantías para evitar que de las investigaciones parlamentarias se deriven perjuicios para los derechos de las personas que sean requeridas a comparecer[97].

2. La LO 5/1984, tipifica como delito de desobediencia grave el incumplimiento voluntario de un requerimiento para comparecer ante una Comisión de investigación en su artículo 4, cuyo tenor era el siguiente:

---

[97] Vid., DICTAMEN, *a requerimiento de la* Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, *acerca de sus* competencias, procedimiento y actuación, en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 14, 1988, p. 120, en el cuál se concluye que las Comisiones de investigación carecen de los poderes de instrucción que contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En relación a la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, y sobre la obligación de comparecencia vid: FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", en *Revista de las Cortes Generales*. nº. 27, 1992, pp. 12 y ss; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000, pp. 164 y ss; GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, pp. 231 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, pp. 39 y ss; ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (dir.), Tomo VI, Madrid 1998, pp. 607 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 11, 1987, pp. 172 y ss; Id., "Comisiones de investigación y de encuesta", en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa (Coord), Vittoria, 1994, pp. 416 y ss; Id.; "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995, pp. 179 y ss; ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, pp. 65 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, Navarra, 2000, pp. 426 y ss; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación,* Madrid, 1994, pp. 52 y ss; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 10, 1986, pp. 163 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, 1996, pp. 230 y ss; TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1998, p. 100 y ss; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, pp. 306 y ss, y pp., 343 y ss.

1. El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave.

2. Cuando a juicio de la Presidencia de la Cámara se pusieren de manifiesto causas que justifiquen la incomparecencia, podrá efectuarse una ulterior citación, en los términos previstos en el artículo 2º.

La regulación normativa del artículo 4 se construye por medio de una doble remisión. La primera de ellas es la que contiene el artículo 76 CE, que se remite a una ley para determinar las sanciones a imponer por el incumplimiento de la obligación de comparecencia. La segunda es la remisión que el artículo 4 hace al delito de desobediencia grave, contenido en el Código penal. Del breve análisis del artículo 4 surgen algunas cuestiones interesantes que revestirán importancia para la posterior interpretación del artículo 502 del Código penal de 1995.

2. En primer término, destacar que se recurrió a la forma de ley orgánica; lo cuál no sólo era acertado[98], sino que además era necesario, ya que el artículo 4 establecía sanciones penales, y ello incidía necesariamente en la esfera de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica por el artículo 81.1 de la Constitución.

Otro aspecto que llama la atención, es la ausencia de distinción entre ciudadanos y funcionarios públicos. Es decir, el sujeto activo del delito estaba indiferenciado; cosa que no sucedía en la Proposición de Ley sobre la obligatoriedad de la comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras (presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 1979), que remitía según fueran uno u otro a los artículos 237 (desobediencia de particular) y 371 (denegación de auxilio de funcionario), del Código penal. Diferencia que sí se recoge en el artículo 502 del

[98] Entre otros muchos autores que defienden la necesidad incuestionable de que dicha ley tuviese forma de ley orgánica vid., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", p. 163; y NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria*, p. 40.

Código penal 1995, que contempla, además de la pena por delito de desobediencia grave, una pena de suspensión de empleo o cargo público para el funcionario por tiempo de seis meses a dos años.

En tercer lugar, y pese a la existencia de figuras afines en el derecho comparado, el artículo 4 no contiene un supuesto de falso testimonio parlamentario. Aunque de las enmiendas presentadas al Proyecto de ley, la Enmienda núm. 8, Enmienda del Grupo Parlamentario Mixto, presentada por los Diputados PÉREZ ROYO Y CARRILLO SOLARES, pretendía la incorporación de una Disposición Adicional con el siguiente texto[99]: "El falso testimonio ante una Comisión de investigación Parlamentaria competente para interrogar a testigos o peritos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas". Pero la Ponencia rechazó[100] la posibilidad de regular un posible *falso testimonio* ante las Comisiones de investigación, pues según su criterio "[...] aceptar dicha enmienda supondría dar un carácter jurisdiccional o cuasi jurisdiccional a las Comisiones de investigación [...]". Detalle, éste último, que no ha tenido inconveniente en pasar por alto el legislador penal de 1995, que mediante el artículo 502.3 del Código penal crea por primera vez en la historia penal española, un delito de falso testimonio parlamentario.

3. En última instancia, resta por señalar, que la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, como su nombre indica, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación a las encuestas autonómicas[101]. Durante

---

[99] Texto de la Enmienda citado por, ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, p. 171.

[100] Cfr., DICTAMEN, *a requerimiento de la* comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, p. 122; y ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., p. 174.

[101] Un estudio detallado de los intentos frustrados de tipificar penalmente la incomparecencia ante Comisiones de investigación de Comunidades Autónomas puede verse en ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, pp. 66 y ss.

el *iter* procedimental de su elaboración, se presentaron cuatro enmiendas en el Senado con el objeto de agregar un nuevo artículo al Proyecto que extendiera su vigencia a las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas. El texto del la proposición era el siguiente: "Las previsiones y supuestos contemplados en la presente Ley, referentes a la obligatoriedad de comparecencia ante las Comisiones parlamentarias de investigación, consecuencias jurídico-penales por incomparecencia voluntaria, forma y procedimiento de requerir, serán asimismo de aplicación en cuanto se refiere a la comparecencia ante las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas en el área de las competencias definidas por el respectivo Estatuto de Autonomía"[102]. Esta característica de la LO 5/1984, que podríamos denominar *falta de previsión autonómica*, va a plantear dificultades en el momento de la interpretación de los elementos normativos del tipo; pues el artículo 502 del Código penal 1995 sí que realiza la *extensión autonómica*, y sanciona los supuestos de hecho tanto ante Comisiones de encuesta de las Cortes Generales, como ante Comisión de investigación creadas en las Comunidades Autónomas.

2.4. Algunos aspectos de la tramitación parlamentaria del artículo 502 del Código penal.

1. La Disposición Derogatoria, 1, f), párrafo séptimo de la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre que aprueba el Código penal, *deroga* el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras. Que viene a ser sustituido por el artículo 502 del Código penal. Como novedad, se extiende la obligación y la sanción por incomparecencia ante las Comisiones de

---

[102] ENMIENDAS NÚMEROS: 7, 8, 9 Y 10, en el *BOCG*, Senado, II Legislatura, núm. 110-b, de 28 de marzo de 1984; documentación citada por TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*. Madrid, 1998, p. 348.

investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esta novedosa tipificación se debe a una enmienda del Grupo Convergencia i Unió en el Congreso. Pero ello se produce sin que la LO 5/1984 se haya extendido de forma paralela a las Comunidades Autónomas, y va a implicar consecuencias en cuanto a la indeterminación del tipo, o incluso puede que nos hallemos ante una ley penal en blanco, por falta de normativa que desarrolle la *forma legal* en que habrán de producirse los requerimientos para comparecer ante una Comisión de investigación de Comunidad Autónoma. Para ASTARLOA/CAVERO, la inclusión de esta enmienda ha provocado que la sanción penal se haya establecido sin haber determinado al mismo tiempo los requisitos que han de delimitar el supuesto de hecho del tipo delictivo, dado que no reiteran – ni siquiera mediante remisión – los requisitos que la LO 5/1984 estableció para las Cortes, *que siguen estando en vigor pero no son de aplicación a las Comunidades Autónomas*[103].

2. Se crea una nueva y discutible[104] figura de falso testimonio parlamentario, aplicable tanto en las Cortes Generales como en las Asambleas autonómicas. El conocimiento de los motivos, o casualidades por los que el delito de falso testimonio parlamentario entra en el Código penal en el artículo 502.3 es muy revelador de su *extravagante* ubicación; ya que el nuevo tipo nace como ampliación de un delito, el de falso testimonio, que se ubica en el Título dedicado a los "Delitos contra la Administración de Justicia", y es precisamente ese origen (cuyo significado se quiso eludir por el legislador penal al no hablar en el artículo 502.3 expresamente de *falso testimonio*, sino de *faltar a la verdad en su testimonio*) el que va a hacer sumamente criticable esta figura[105]. Este

---

[103] Cfr. ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", pp. 637-638. (la cursiva es mía).

[104] *Ob. cit, loc. cit*.

[105] Vid., ampliamente y de forma detallada ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", pp. 79-85.

nuevo tipo accede al Código penal, con alguna peripecia, de la mano de dos enmiendas del Grupo Parlamentario Federal IU-IC del Congreso, y unida su suerte, en gran parte, al delito de falso testimonio en los procedimientos administrativos, que finalmente no vería la luz. El proyecto omitía toda previsión sobre las Comisiones parlamentarias de investigación, pero en la regulación del delito de falso testimonio contenida en el artículo 435, ubicado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, tipificaba además del falso testimonio ante los Tribunales, el falso testimonio en los procedimientos administrativos[106]. Las dos enmiendas referidas pretendían: una, suprimir el falso testimonio en los procedimientos administrativos en el artículo 435 y, la otra, introducir el falso testimonio en las Comisiones de investigación, dentro del artículo 481 (actual 502), dedicado específicamente a estas Comisiones.

La Ponencia no se mostró favorable a incorporar ninguna de las dos enmiendas. Y la Comisión de Justicia e Interior del Congreso tampoco las acogió.

Sin embargo, durante la discusión del Pleno, el Grupo Socialista propuso una enmienda transaccional para tipificar el falso testimonio ante las Comisiones parlamentarias de investigación, aunque no en el artículo 481 (actual 502), dedicado específicamente a ellas, sino en el artículo 435, junto al falso testimonio en los procedimientos administrativos[107].

La transacción, apoyada por el Grupo Popular, prosperó, y el Grupo Federal IU-IC retiró sus dos enmiendas.

Pero finalmente, en el Senado, se llevó el falso testimonio ante las Comisiones de investigación al actual 502, y el falso testimonio en los procesos administrativos quedó suprimido.[108]

---

[106] *BOCG, Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, p. 62.

[107] Enmiendas del Grupo Federal IU-IC 818 y 840, *BOCG, Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pp. 310 y 315.

[108] Cfr., ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", p. 80.

3. Justificación y precisiones sobre la utilización del Derecho Comparado como instrumento de la investigación

1. La diversidad de los Derechos, legislaciones u ordenamientos jurídicos, ha sido siempre tan grande como la de las lenguas, culturas y sociedades. Sin embargo, y especialmente en Europa, los Estados tienden actualmente a acercar sus legislaciones sin que por ello pretendan reunirlas en un solo Ordenamiento[108]. Si partimos de la base de que en el mundo contemporáneo existen tres grupos principales de Derecho[109]: la familia romano-germánica; la familia del *common law*, y la familia del Derecho socialista; bien podemos afirmar que el Derecho de países como Italia, Francia y España pertenecen a ese grupo del Derecho romano-germánico, en el que la ciencia del Derecho se formó a partir del Derecho romano.

2. Al abordar en este trabajo el estudio de los tipos penales de falso testimonio y de desobediencia ante Comisiones de investigación, contenidos en el artículo 502 del Código penal, nos hemos encontrado con dos hechos concretos; uno era la total novedad de la incorporación en un Código penal español de esta clase de figuras delictivas; el otro constatar que en el Derecho comparado de nuestro entorno existían figuras afines, o al menos de características similares.

Ante la ausencia en nuestro Derecho de antecedentes, ya sean legislativos o doctrinales, nos ha parecido interesante[110] y enriquecedor desde el punto de

[108] En este ámbito, CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972, pp. 8 –9, enmarca lo que él denomina "Ciencia de los Derechos Comparados", en el encuentro de dos fenómenos. El primero sería el ensanchamiento de nuestro horizonte histórico y científico; sin él, el Derecho comparado no traspasaría los límites de una simple curiosidad científica. El segundo es la radical y cada vez más acelerada transformación del mundo en el que vivimos.

[109] Cfr., DAVID, Réné/JAUFFRET-SPINOSI, *Les Grands Systèmes de Droit contemporain*, 10ª ed., Paris, 1992, p. 16; Para una interesante evolución histórica vid., pp. 17-18.

[110] El estudio científico de sistemas de Derecho extranjero exige principalmente la comparación de Derechos; esto permite evitar conclusiones precipitadas sobre las divergencias

vista científico, analizar el tratamiento que reciben las figuras del falso testimonio y la incomparecencia parlamentarias en dos países cercanos como son Francia e Italia..

3. Evidentemente, la utilización del método comparativo[111], o la búsqueda de soluciones en el Derecho comparado, exige un determinado método[112]. Se han tenido en cuenta elementos como las bases históricas, las características culturales y sociales[113], así como las técnicas jurídicas de los países objeto de estudio; ya que resulta fundamental que los ordenamientos utilizados presenten una cantidad suficiente de puntos comunes entre ellos como para poder ser

---

o convergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos. Ciertamente, comparando con otras figuras de Derecho comparado, uno puede medir mejor el alcance real de una determinada figura de Derecho nacional.

[111] No vamos a entrar en el debate o polémica, puesto que desborda el contenido de esta breve referencia al Derecho comparado, de si el Derecho comparado constituye únicamente un método de estudio jurídico, o si por el contrario tiene el carácter de una ciencia autónoma. CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972, p. 177, explica que la doctrina anglosajona, con su espíritu pragmático puso en duda la importancia del problema. En todo caso, se utilizará en este trabajo la comparación como puro método comparativo, como un instrumento más de trabajo destinado a procurar un mayor conocimiento de las figuras jurídicas que se analicen. Para GUTTERIDGE, *Le Droit comparé*, . R.. David (Trad.), Paris, 1953, p. 22, con el que coincido, el problema fundamental no es: ¿Qué es el Derecho comparado?, sino que la pregunta realmente importante sería: ¿Para qué sirve el Derecho comparado?

[112] En cuanto al método en el Derecho comparado vid., GORLA, voz "Diritto comparato", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Varese, 1964, pp. 939-941; GUTTERIDGE, *Ob. cit.*, pp. 101 y ss.; DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, Lucas Verdú (Trad.), Madrid, 1983, pp. 66 y ss; PEGORARO/RINELLA, en LÓPEZ GARRIDO/MASSÓ GARROTE/PEGORARO (Dirs.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, 2000, pp. 29 y ss.; más concretamente sobre los métodos del Derecho penal comparado puede verse PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, pp. 26 y ss., con extensa bibliografía.

[113] Es necesario tener en cuenta datos de carácter socio-económicos, ya que también tienen repercusión en el Derecho penal; así, en 1945, en una época de hambruna, el legislador francés llegó a establecer la pena capital para el autor de la matanza clandestina de una vaca lechera. El ejemplo es de PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, p. 34; y en España, en el Código penal de 1928 se introdujo una circunstancia atenuante (artículo 65.3) *por las condiciones del infractor*, que consistía en "Obrar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para él o para los suyos". Esta circunstancia desaparece en el Código penal de 1932, y desde entonces no ha sido recuperada por nuestra legislación penal.

intercomunicables[114]. Se ha recurrido al Derecho extranjero, algunas veces de forma bilateral (utilizando o comparando sólo un Derecho extranjero con el Derecho español), y otras veces de manera multilateral.

4. La utilización del Derecho comparado, (de manera limitada y parcial en este estudio), puede cumplir la función[115] de facilitar el conocimiento del Derecho nacional[116], así como la función de mejorar el propio Derecho nacional; ya que por ejemplo determinadas legislaciones extranjeras pueden inspirar *reformas legislativas*, o pueden aportar soluciones de *lege ferenda*.[117] Aunque tampoco hay que caer en el reduccionismo, como apunta SACCO[118], de aquellos

[114] Habrá que tener en cuenta las concepciones relativas al orden social, como la importancia o no de la religión (Derecho laico en los países occidentales, religioso en el Derecho musulmán por ejemplo); el lugar del individuo en la sociedad (Derecho individualista en los países occidentales, y colectivista en el Derecho soviético).

También es importante conocer el papel que tiene asignado el Derecho en una sociedad; así en occidente constituye el elemento fundamental de la organización de la sociedad, y tiene una función de conservación del orden social.

En tercer lugar hay que tener en cuenta las fuentes del Derecho, el modo de creación del Derecho; saber qué importancia tiene la costumbre; si existe preponderancia de la ley escrita, y por tanto predominan los códigos escritos; saber qué importancia se le concede a la jurisprudencia (de especial relevancia en los países anglosajones); y por último tomar en consideración la existencia de una Constitución.

Partiendo de la premisa de que España guarda grandes similitudes en éstos aspectos con países de nuestro entorno sociocultural como Italia o Francia, debido a ello, tanto los problemas como las soluciones de determinadas figuras jurídicas pueden llegar a ser intercomunicables.

[115] DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, 4ª ed., Padova, 1993, p. 7, mantiene que la función de la comparación jurídica es el *conocimiento*. Para el autor, el conocimiento es la premisa necesaria para las distintas utilizaciones posibles de los resultados de la comparación. Éstos pueden destinarse a la elaboración doctrinal, o a fines más prácticos.

[116] La comparación con los Derechos extranjeros permite arrojar luz sobre la *originalidad del Derecho nacional*, o sobre los *puntos débiles* o conflictivos del Derecho español en la regulación de alguna figura. (Este es sin duda el caso de las Comisiones de investigación y de las sanciones penales previstas por incomparecencia y falso testimonio). Sobre el interés del Derecho penal comparado para el investigador como instrumento para un mejor conocimiento de su propio sistema penal vid., PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, p. 10, en cuanto que, gracias al examen del derecho extranjero, los penalistas pueden esperar el enriquecimiento o la mejora de su propio derecho.

[117] Este interés, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*, es apreciado, entre otros, por AGOSTINI, *Droit Comparé*, Paris, 1988, p. 23.

[118] SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissence du droit*, Paris, 1991, p. 5.

que pretenden que la validez misma de la comparación dependa de su capacidad de alcanzar este o aquél objetivo práctico, y en particular, el de preparar el advenimiento de un Derecho (nacional) mejor.

El legislador, con muchísima frecuencia, ha utilizado él mismo el Derecho comparado[119] para llevar a cabo y perfeccionar su obra. No es casualidad que en el siglo pasado se haya hablado de *legislación comparada*.[120]

Para que la comparación tenga sentido debe darse, preferentemente, entre ordenamientos que tengan "elementos de identificación y calificación comunes" y entre "institutos análogos". Con otras palabras, para que la comparación sea provechosa, debe hacerse entre *ordenamientos* e *institutos* que cuenten con algunos rasgos comunes que permitan compararlos[121]. Debe buscarse, pues, la homogeneidad como presupuesto de la comparación jurídica.

Si partimos de la existencia de dos posibles tipos de comparación: la micro-comparación, y la macro-comparación, en el presente estudio me he inclinado por la primera. En este orden de cosas, para CONSTANTINESCO la micro-comparación es "el acercamiento comparativo de reglas o instituciones jurídicas pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos; [...] por su naturaleza analítica y por su objeto limitado, la micro-comparación se ajusta al examen del

---

[119] AGOSTINI, *Droit Comparé*, Paris, 1988, p. 22, sitúa el nacimiento del Derecho comparado (al menos con autonomía científica), en 1831,; y señala cómo en 1838 se crea en la Facultad de Derecho de Paris un curso de *Legislación Penal Comparada*, a cargo del profesor Ortoland. Para los orígenes y el desarrollo del derecho comparado, vid., la extensa exposición de GUTTERIDGE, *Le Droit comparé*, pp. 29 y ss.

[120] Vid., en este sentido DAVID, Réné/JAUFFRET-SPINOSI, *Les Grands Systèmes de Droit contemporain*, 10ª ed., Paris, 1992, p. 5. Para los autores, la ley puede tener un carácter nacional. Pero el Derecho, no se identifica jamás a la ley. La ciencia del derecho, tiene por su propia naturaleza de ciencia, un carácter transnacional. Lo que se ha promulgado, escrito y juzgado en otro país, con la misma estructura y la misma tradición que el nuestro, puede influir en la forma en que el derecho de nuestro país será explicado, interpretado, y a veces renovado, más allá de toda intervención del propio legislador. Estimamos que esto es precisamente lo que ha sucedido con la figura de las Comisiones de investigación en España, y con la tardía incorporación al Código penal de sanciones por incomparecencia y falso testimonio; figuras de innegable inspiración extranjera.

[121] Cfr. DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 70, nota nº. 9, en la que cita a AMORTH; el mismo autor en su libro *Diritto Costituzionale Comparato*, 4ª ed., Padova, 1993, pp. 37 y ss, apunta la propia *comparabilidad* como presupuesto de la comparación.

fenómeno jurídico, seccionado y reducido a sus células últimas o a sus partículas elementales. Se puede considerar ese trabajo como una especie de examen jurídico microscópico que tiende a revelar la estructura y la función de células jurídicas elementales"[122].

La comparación entre dos ordenamientos, por ejemplo entre el español y el italiano es pensable, pero debido al carácter extremadamente amplio de sus términos implica el peligro de ser problemática y de resultar, en concreto, demasiado amplia. Más viable es la comparación entre *partes* de los respectivos ordenamientos, considerándolas como dos *sistemas*, y dentro de ellos buscar *subsistemas*. Pero más provechosa todavía es la comparación entre institutos o grupos de institutos en el ámbito de los subsistemas[123], como por ejemplo las Comisiones de investigación y las sanciones penales por incomparecencia o falso testimonio parlamentarios. De hecho, en la micro-comparación el empleo del método comparado puede responder a la vez a objetivos teóricos (ampliación de los ámbitos de conocimientos jurídicos), y también prácticos (políticas legislativas, tendencias jurisprudenciales, unificación de criterios jurídicos, etc.).

5. ANCEL ha escrito[124] que el Derecho comparado consiste fundamentalmente en la constatación de las divergencias y de los puntos comunes que existen entre dos o más ordenamientos nacionales. Partiendo de esta definición, PRADEL define el Derecho penal comparado[125] como el

---

[122] CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972, p. 209.

[123] Esta es la idea que propone DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, p. 34, partiendo de la distinción propuesta por CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972, pp. 209-210.

[124] ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, 1971, p. 31; un amplio elenco de definiciones de autores como AUSTIN, POLLOK, JOSSERAND, LAMBERT, HOLLAND, BRYCE, RABEL, KADEN y DAVID, puede consultarse en CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972, pp. 166 y ss.

[125] Para una perspectiva de los inicios del Derecho penal comparado, y citando a autores alemanes como FEUERBACH, MITTERMAIER o VON LISZT, vid., PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, pp. 16-17.

"estudio de las diferencias y similitudes entre dos ordenamientos considerados en sus aspectos relativos a la infracción penal y a sus consecuencias"[126]; siguiendo con la idea se desprende que el Derecho comparado es un medio para comprender mejor las instituciones jurídico-penales y las leyes penales nacionales y extranjeras. Del mismo modo, este método nos va a permitir, por una parte divulgar informaciones sobre el Derecho penal extranjero, y por otra utilizar en beneficio del Derecho nacional la experiencia alcanzada por el legislador penal en otros sistemas o subsistemas de Derecho.

Según GUTTERIDGE, cuando el método comparativo se emplea en vista de un objetivo preciso, distinto de la mera obtención de datos sobre el Derecho extranjero, se puede, por la comodidad del lenguaje, decir que se trata de un "derecho comparado aplicado"[127]. Y es justamente ese sentido el que se busca en este trabajo, al estimar que el derecho comparado aplicado persigue un fin práctico, como la reforma del derecho, la unificación de figuras disímiles, o la crítica constructiva; es esta forma de investigación comparada la más extendida y la que mejores resultados ha dado. Resulta igualmente interesante la apreciación que sobre el Derecho penal hace GUTTERIDGE, para quien "el logro o el fracaso de una política determinada en materia de Derecho penal, aporta una lección no sólo para el país que realiza la experiencia, sino también para todos los otros países que deben resolver el mismo problema."[128]

6. En la vertiente práctica de la utilización del Derecho comparado destaca la función de auxilio para la preparación (o modificación) de los textos normativos. De ahí la importancia de los estudios de legislación comparada[129].

---

[126] PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, p. 1. De manera acertada advierte el autor, que desde el punto de vista material hay que tomar en consideración la totalidad del Derecho penal, que como toda rama del Derecho incluye junto a la legislación, la jurisprudencia y también la doctrina. La idea de fondo es que no se debe limitar el estudio sólo a las leyes.

[127] Cfr., GUTTERIDGE, *Le Droit comparé*, p. 26.

[128] GUTTERIDGE, *Ob. cit.*, p. 51.

[129] Refiriéndose a la experiencia francesa PRADEL, *Droit pénal comparé*, pp. 11-12, cita algunos ejemplos: La comisión francesa de revisión del Código penal creada en 1974, llevó a cabo desde 1975 investigaciones de Derecho comparado sobre la responsabilidad penal de las

Pero ello no está exento de matizaciones, y DE VERGOTTINI precisa[130] que, la correspondencia en un texto legislativo con instituciones que parecen inspiradas en otros ordenamientos, no significa necesariamente que se haya utilizado una previa labor de comparación; y anota cómo en los textos constitucionales y legislativos pueden encontrarse auténticas reproducciones de figuras ya asentadas en otros ordenamientos; se habla en estos casos de "trasplantes". Aparece así la técnica de la simple *imitación* de una solución normativa ajena, no acompañada de una comparación previa, con todas las consecuencias que de ello pueden derivarse.

No sólo el uso de legislación comparada es útil en un trabajo de investigación; es posible ir más allá y a menudo se pueden extrapolar tanto soluciones jurisprudenciales, como planteamientos doctrinales. Se dan casos en que los propios Tribunales de un país se han servido, como referencia, de la legislación y de la jurisprudencia de otro país. Se ha llegado incluso a sugerir, que el recurso a la comparación es un método que debería emplearse para cubrir lagunas. La Corte Constitucional italiana, en algunas ocasiones ha considerado, no sólo la normativa positiva, sino también las tendencias jurisprudenciales de algunos Tribunales constitucionales[131]. Por último, la doctrina, las elaboraciones doctrinales[132] pueden presentarse como valiosos referentes para el análisis de figuras penales; eso sí, siempre y cuando se haya establecido el presupuesto previo de la posible "intercomunicabilidad".

---

personas jurídicas, y sobre los delincuentes enfermos mentales; Los juristas rusos que establecieron el anteproyecto de un nuevo Código penal, se desplazaron para discutir con penalistas franceses y alemanes.

[130] Cfr., DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, p. 19.

[131] Sentencias n. 123 de 1980; n. 300 de 1984; n. 161 de 1985, y n 71 de 1987; y entre las materias que la Corte ha examinado se encuentran, entre otras, el Derecho penal y el Procesal penal; Al respecto, vid., DE VERGOTTINI, *Ob. cit.*, p. 14.

[132] Plantean la importancia de las proposiciones doctrinales como fuente del Derecho: SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissence du droit*, Paris, 1991, pp. 55 y ss.; y MONATERI, "Legal Doctrine as a source of Law", en *Italian National Reports to the XII Congress*, Sydney-Milano, 1986, *passim*.

CAPÍTULO II. LA INSTITUCIÓN POSITIVA ESTATAL:"COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN"; Y LA INSTITUCIÓN POSITIVA AUTONÓMICA: "COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN". (Elemento común al delito de incomparecencia del artículo 502.1 y al delito del falso testimonio del artículo 502.3 del Código penal)

1. Síntomas de un Derecho penal que se fundamenta en la infracción de una norma primaria de conducta, y no tanto en la lesión material de un bien jurídico

1.1. Introducción

En el artículo 502 del Código penal, el legislador tipifica dos conductas delictivas que, como se verá, revisten determinadas características que las hacen pertenecer a un esquema de delito representativo de la actual situación del Derecho penal. El artículo 502.1 del Código penal tipifica y sanciona *la incomparecencia* ante una Comisión de investigación. El artículo 502.3 tipifica como delictiva la conducta de aquella persona que, una vez comparecida, *falte a la verdad en su testimonio*. Ambas figuras delictivas responden bastante bien al interés por "combatir" con toda celeridad y urgencia los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación; a la protección preferente de bienes jurídicos colectivos, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales; al creciente empleo de los delitos de peligro abstracto en los que se prescinde del resultado o de la causalidad y que permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa[133]; y por último al uso de delitos de omisión propia y de mera conducta.

[133] Pone de relieve estas características del Derecho penal material HASSEMER, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Muñoz Conde/Díaz Pita (Trads.), Valencia, 1999, pp. 30-31, y pp. 46 y ss.

Nos enfrentamos pues, al análisis de dos tipos penales, en los que convergen todas las anteriores circunstancias. El falso testimonio parlamentario es un delito (en principio) de mera conducta, de peligro abstracto, que tutela un bien suprainividual o una función institucional, en el que lo característico es la existencia de un deber de veracidad como concreción de un deber de colaboración. En la incomparecencia parlamentaria se dan análogas características, sólo que en vez de ser un delito de mera actividad, es un delito de omisión propia, con remisión expresa a la desobediencia, y cuyo núcleo reside en la infracción de un deber de comparecencia como concreción positiva de un deber genérico de cooperación con las Comisiones de investigación. La norma primaria de estos delitos vendría a exigir lo siguiente: "Tú ciudadano o funcionario tienes el deber de colaborar con la institución positiva (estatal o autonómica) Parlamento y sus Comisiones de investigación, y por ello tienes la obligación jurídico-penal de comparecer cuando se te requiera, y de ser veraz en tu testimonio"[134]. La Comisión de investigación representa un sector de la realidad social en el que la norma ordena la ejecución de determinadas conductas destinadas al mantenimiento del bien jurídico[135].

Las figuras delictivas de la incomparecencia y la falta de verdad en el testimonio aparecen de esta manera como "tipos penales de mandato", en los cuales la referencia al bien jurídico consiste más bien en el motivo de la desvaloración de la conducta. Pero para la valoración del hecho particular ya no interesa tanto que éste esté "referido" *realiter*, es decir, a través de la causalidad, a un bien jurídico; lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor) del acto[136].

---

[134] Lo único que justificaría la creación de semejantes delitos es la existencia de instituciones positivas estatales, necesarias para el mantenimiento de unas condiciones mínimas de coexistencia social, y a su vez, necesitadas de conductas (ya sean acciones u omisiones) colaboradoras de los ciudadanos para su existencia, mantenimiento y desarrollo funcional.

[135] Vid., por ejemplo, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, I, cit., p. 260.

[136] Ya BINDING, *Normen*, I, cit., p. 397-398, en esta línea, observaba que los "delitos con desobediencia simple", es decir - en términos generales - , los delitos de peligro abstracto, se contraponen a los delitos de peligro concreto y a los de lesión. En opinión de KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 95, nota 223, los llamados delitos de pura actividad también pertenecen a este grupo.

Y, desde mi punto de vista, aparecen sobre todo como delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional.

1.2. La innegable existencia de delitos de mera conducta, de omisión propia, y de peligro abstracto. Ilícitos de desobediencia simple o de mera desobediencia

1. Si acudimos al mapa de las nuevas objetividades jurídicas y a sus técnicas de tipificación, el panorama más general podría ser el siguiente[137]: tutela de intereses difusos y de intereses colectivos, de bienes jurídicos universales, supraindividuales, delitos de amplio espectro, delitos "cumulativos (o acumulativos)", tutela de funciones y de instituciones, tipos centrados en el momento de la autorización y en normas de organización; emergen también los llamados en la doctrina italiana "reati di scopo"[138], y los delitos obstáculo. Nos encontramos así, y en opinión de DONINI[139], con delitos artificiales, de conducta neutra, éticamente indiferentes, sin ofensa, sin víctimas, sin bien jurídico; con figuras delictivas resultado de un Derecho penal simbólico, además de los ya tradicionales delitos de mera transgresión, de mera desobediencia, de sospecha, etc. Si se pretende ser realista, será desde esta perspectiva[140] - aparentemente,

---

[137] Exhaustivamente y con múltiples referencias bibliográficas, vid. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, pp. 140 y ss.

[138] Vid., DONINI, *Ob. cit*., p. 143, explicando que estos delitos se caracterizan por perseguir la realización de un resultado social "excéntrico" a la simple conducta típica; y que todos los delitos de omisión propia, en cuanto que imponen *un hacer*, serían, sólo por esto, de "scopo".

[139] Cfr. DONINI, *Ob. cit*., p. 144-145.

[140] El problema principal que se observa es el de sí, y hasta qué punto, puede seguir manteniéndose como válido el paradigma exclusivo de la tutela de bienes jurídicos como objeto de tutela para la teoría general del delito. Entendiendo por teoría del delito, una disciplina distinta de la política criminal, aunque estrechamente unida a ella. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, p. 146, contesta negativamente, afirmando que el paradigma de la protección de bienes jurídicos, si nunca fue el único - y nunca lo ha sido - ahora, en todo caso, ya no lo es. Sin embargo, la fuerza de atracción del bien jurídico conserva un papel preponderante en la interpretación del ilícito penal que merece ser salvaguardada. Aunque como ha señalado

todo menos sencilla - desde la que deban ser analizadas las figuras delictivas de incomparecencia e inveracidad ante Comisiones parlamentarias de investigación; asumiendo, como expone HASSEMER, que el Derecho penal se ha transformado en un instrumento de solución de conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social[141]. El Derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un *soft law*, en un medio de dirección social[142]. Sobre la llamada "función promocional" del Derecho penal trataré más adelante, ahora, sin embrago parece necesario admitir que este modelo de Derecho penal "intervencionista" o "activo" sugiere un correspondiente concepto de delito o de ilícito penal, que asumirá características distintas a las que correspondían a una tradicional tutela penal "conservadora": el delito ya no es un hecho criminal individual y circunstanciado, que lesiona intereses individuales[143]. Consideran FIANDACA/MUSCO[144], que la distinción de modelo (o idealtípica) entre un Derecho penal clásico o tradicional y un Derecho penal moderno (admitiendo que esté realmente justificada) acaba por coincidir, en el fondo, en buena parte con la distinción entre un modelo de tutela "conservadora" o "reactiva" y un

---

HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, cit., pp. 47-48, la *protección de bienes jurídicos* se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que se penalicen determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó. La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización.

[141] Pero como expresa JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 29, si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho, cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *última ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear, es puramente política, pero no jurídico-penal.

[142] Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, cit., p. 51.

[143] En este sentido, FIANDACA/MUSCO, "Perdita di legitimazione del diritto penale?", en *RIDPP*, 1994, p. 30.

[144] Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Ob. cit*., p. 30.

modelo de tutela "intervencionista-propulsor"; en el presente estudio puede esbozarse este mismo punto de vista acudiendo a los conceptos de un Derecho penal basado fundamentalmente en *deberes negativos*, frente a un Derecho penal en el que progresivamente se exigen también determinados *deberes positivos* a las personas como miembros de una sociedad.

2. Concretando un poco más el panorama a la incomparecencia y a la inveracidad parlamentarias, estas figuras delictivas serían la expresión de un aumento de la tutela de bienes colectivos por medio de la técnica de los delitos de peligro abstracto, de mera conducta y de omisión propia[145]. En realidad se trata de figuras delictivas en las que una vinculación efectiva y externa entre el momento de la ofensa y el resultado aparece como un elemento no concebible externamente; ello implica que sea un material que haya que "re-normativizar", y que por tanto se entenderá de manera más coherentemente desde la teoría de las normas[146]. Con ello, no pretendo, en principio, justificar la existencia de tales figuras, tan sólo analizarlas, comprenderlas y explicarlas, puesto que no puede falsearse la realidad normativa.

De hecho, tanto la incomparecencia como la falta de veracidad en una declaración, parecen la tipificación de auténticas tentativas; son figuras en las

---

[145] Vid., por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, "Perdita di legitimazione del diritto penale?", cit., pp. 27-28; sobre la confluencia de los delitos de peligro abstracto, de omisión propia y de mera actividad, vid., MORSELLI, "Condota ed evento nella teoria del reato", en *RIDPP*, 1998, pp. 1109 y ss; Ampliamente sobre tales figuras como "delitos sin ofensa a bienes jurídicos" vid., MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale.1*., 3ª ed., Milano, 2001, pp. 559 y ss; También pone de relieve la particularidad de tales figuras MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell' illecito penale*, Milano, 1983, pp. 134 y ss, pp. 150 y ss, y pp 162-163; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 107 en nota 25; ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, pp. 235 y ss; VASSALLI, "Considerazioni sul principio di offensivitá", en *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982, pp. 672-673; PALAZZO, "Offensivitá e ragionevolezza nel controllo di costituzionalitá sul contenuto delle leggi penali", en *RIDPP*, 1998, p. 354, expone que tales figuras se encuentran ante la mirada de cualquiera para contradecir de forma evidente el ideal afirmado en el principio de ofensividad. Y por ello el autor observa, de manera plenamente realista, la "sideral distancia" que existe entre las formulaciones teórico-doctrinales y la experiencia legislativa en cuanto al principio de ofensividad.

[146] Las normas primarias, en general, no describen los bienes jurídicos tutelados, sino tan sólo las conductas lesivas para los supuestos bienes.

que debería reconocerse que el umbral de la tutela se inicia con la conducta (activa u omisiva) y en ella termina. Son delitos en los que el desvalor de resultado queda desplazado, y el centro del injusto lo constituirá el desvalor de la acción. El núcleo de la antinormatividad es la infracción de la norma de conducta, sin que se exija la concurrencia de un posterior resultado lesivo para un bien determinado. El delito se agota en la exteriorización de una peligrosidad (objetiva/social) por medio de la simple realización de una conducta (activa u omisiva)[147]. ACALE SÁNCHEZ, expone cómo se han equiparado por la doctrina los delitos de mera actividad, los delitos de omisión propia, y los delitos de peligro abstracto[148].

---

[147] MORSELLI, "Condota ed evento nella teoria del reato", cit., p. 1110, en nota 35, estima que, por ejemplo, en cuanto a los delitos de omisión propia - como es el caso del delito de incomparecencia -, la doctrina más tradicional se encuentra con evidentes dificultades en cuanto que, al faltar aquí no sólo una conducta activa, sino además un resultado naturalístico, se pregunta qué papel como nexo de unión puede jugar la ofensa al bien jurídico tutelado en este tipo de delitos. Al contrario, se vería abocada a admitir que, incriminando la simple infracción de un deber, el legislador castigaría por un lado la simple desobediencia como tal, y además, como ofensa a bienes jurídicos. MORSELLI, no ve en ello ni problemas ni dificultades. Puesto que no será nunca a un resultado naturalístico a lo que deba referirse la ofensa al bien jurídico (esto lo demuestra la punición de la tentativa), se podrá afirmar siempre, que existe una conducta de alguna persona que no ha realizado la acción u omisión esperada por la norma que había sido creada y puesta al servicio de la protección de un determinado bien. Por ello, todo el problema se reduciría a la correcta individualización del bien jurídico tutelado por la norma que ha creado el deber de activarse, vid. también, pp. 1111 y 1112.

[148] Ampliamente vid., ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, cit., pp. 235 y ss. Aunque la autora se muestra contraria a la total equiparación al afirmar, en pp. 239-240, que : "los delitos de mera actividad y de omisión pura son delitos equivalentes en cuanto los respectivos tipos penales no incluyen como elementos objetivos sobre los que haya de dirigirse el dolo del autor un resultado natural causado por la acción o la omisión. […] Pero se distinguen en que ante la configuración del injusto de los mismos los referentes son distintos; en los de mera actividad la acción del sujeto "ha producido" un estado de cosas distintas al que existía antes y eso es lo que hay que valorar frente a los segundos en los que no se aprecia ningún cambio de circunstancias y este es precisamente el referente del injusto: el "no resultado" que deseaba el ordenamiento que se produjera si el autor hubiera obedecido la norma imperativa que en determinados casos le obliga a actuar".

No obstante, como se verá, en los delitos de infracción de deber, como lo es el falso testimonio parlamentario, la distinción entre acción u omisión no es relevante, es decir, y en el caso concreto, el *deber de veracidad* se puede infringir tanto por acción afirmando lo que es falso, como por omisión callando lo que es cierto o silenciando la verdad de la que se es consciente y garante.

3. Advierten MARINUCCI/DOLCINI, que determinadas figuras delictivas vulnerarían gravemente el principio de ofensividad[149], y entre ellas colocan los delitos de peligro abstracto (aunque no todos), y los delitos de omisión propia. El interés de los autores por estos delitos proviene fundamentalmente de la realidad normativa, esto es, debido a la gran cantidad de figuras con tales características que pueden encontrarse en el Derecho penal positivo vigente. El problema en los delitos de omisión propia viene dado por hipótesis en las que se castigue la desobediencia como tal o la mera infracción de un deber[150]. El problema en los delitos de peligro abstracto viene determinado en la medida en que la subsistencia del peligro no debe ser comprobada por el juez, sino que es el propio legislador, el que basándose en las leyes de la experiencia, presume que un tipo de comportamiento es, en la mayoría de los casos, fuente de peligro[151]. Para salvar estos inconvenientes, MARINUCCI/DOLCINI proponen, a pesar de las dificultades, interpretar tales figuras desde el principio de ofensividad y desde el elemento del bien jurídico[152]. Desde mi punto de vista el problema argumentativo que se observa en dichos autores es el siguiente: primero revelan el inmenso problema que plantean estos delitos para el principio de ofensividad o del bien jurídico, pero no obstante pretenden seguir interpretándolos sobre la base *exclusiva* del bien jurídico. ¿No es esto una contradicción? En mi opinión sí[153]. Y por ello creo más efectivo interpretar

---

[149] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 560. No obstante, hay que advertir que en Italia el principio de ofensividad, a diferencia de lo que sucede en España, tiene rango constitucional, o al menos así lo ha interpretado la doctrina mayoritaria, ampliamente vid. BRICOLA, "Teoria generale del reato" (voce), cit., *passim*.

[150] Vid., MARINUCCI/DOLCINI, *Ob. cit., loc. cit.*

[151] MARINUCCI/DOLCINI, *Ob. cit.,* p. 562.

[152] Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Ob. cit.,* pp. 560 y ss. para los delitos de peligro abstracto; y pp. 606 y ss. para los delitos de omisión propia; vid también ANGIONI, , *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 107, nota 25.

[153] Puesto que implica emprender una vía que se sabe de antemano que conduce al fracaso. Es decir, ante la realidad normativa que venimos detallando puede optarse, entre la necesidad de renunciar a la unilateralidad del principio del bien jurídico por no dar solución adecuada interpretativa a múltiples figuras delictivas, y tratar de buscar otra posible vía

dichas figuras *no sólo* desde la función del bien jurídico*, sino también* desde el concepto de la infracción de un deber jurídico penal de actuar u omitir exigido por la norma primaria. La combinación de los conceptos de infracción de un deber jurídico-penal y de la puesta en peligro de un bien jurídico[154] ofrece bases más sólidas para la comprensión e interpretación de tales tipos penales. *La conducta* exigida por la norma primaria (y no el resultado lesivo) surge como el principal elemento interpretativo. En el caso del peligro abstracto el juez deberá comprobar si se ha verificado aquél comportamiento que el legislador ha considerado peligroso de forma general y abstracta; en el caso de la omisión propia, deberá comprobarse si falta la acción exigida por la norma. Pero si existe un deber de veracidad, deberá comprobarse si mediante una acción u omisión se ha infringido dicho deber; y si existe un deber de comparecencia, deberá comprobarse que mediante una omisión se ha infringido tal deber.

Apunta MAZZACUVA, que la ausencia de un resultado, como resultado material de la conducta, viene a menudo considerada como una característica peculiar de los delitos de "mera conducta", de los delitos de omisión propia, y de los delitos de peligro abstracto[155]; y se ve por ello comprometido el principio de materialidad del hecho. Salvo que, como hace a menudo la doctrina, se considere la conducta (único dato objetivo/externo de estos delitos) como "resultado". Sólo que la búsqueda "desesperada" de un resultado[156] desemboca en la siguiente aporía: la conducta es el resultado de la propia conducta. Pero si se acepta que *el*

---

interpretativo/dogmática; o bien se puede insistir en tomar, pese a todo, una vía laberíntica y que se sabe sin salida, puesto que de lo contrario se estaría renunciando al "irrenunciable" principio del bien jurídico. La mayoría de la doctrina suele optar por la segunda alternativa, aunque actualmente estamos asistiendo a un replanteamiento del concepto de bien jurídico como eje de la teoría del delito, y ello abre la posibilidad de emprender nuevos caminos, allí donde los anteriores han fracasado.

[154] En las figuras delictivas que nos ocupan, más que de lesión, habrá que manejar el concepto de no-contribución, no-mantenimiento, no-creación de un bien jurídico, vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/18.

[155] Vid., MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell' illecito penale*, cit., pp. 134-135.

[156] Vid., MAZZACUVA, *Ob. cit.,* pp. 136 y ss., para los delitos de mera actividad; pp. 150-162 para los delitos de omisión propia; y pp. 162 y ss., para los delitos de peligro.

resultado es algo distinto de *la conducta* en los delitos de resultado ¿Cómo es que la *conducta*, se equipara, contradictoriamente con lo que se acaba de afirmar, al *resultado* en determinados delitos en que falta precisamente *un resultado*? Sobre estas bases metodológicas parece difícil razonar sin llegar a interpretaciones ortopédicas y contradictorias. No se puede afirmar que *conducta* y *resultado* son entidades distintas, y acto seguido afirmar que *conducta* y *resultado* son una misma entidad. Esta es una contradicción lógica insalvable. Hay que asumir la realidad normativa: existen delitos que se perfeccionan con la simple concurrencia de una conducta antinormativa y antijurídica que entra en contradicción con la norma primaria de conducta que está presente en toda figura delictiva, como se ha observado desde la teoría de la norma penal. Si todas las norma penales prescriben un comportamiento externo, ya consista en un hacer o en un omitir, el elemento que estará presente en *todo delito* es justamente la conducta contraria a la exigida. Quien defienda que en todo delito existe un resultado, se ve obligado entonces a denominar "resultado" a la *conducta* contraria a la exigida por la norma, y eso es simplemente un "fraude de etiquetas". Lo que existe - o debería existir - en todo delito es un dato objetivo y externo, una conducta objetivamente peligrosa[157] considerada *ex ante*; pero no por ello deja de ser un comportamiento humano, una acción o una omisión, y pasa a ser un resultado[158].

---

[157] Examina este punto, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 54-58, analizando el peligro como atributo de la acción y el peligro como estado conceptualmente separable de aquella, desde una perspectiva también *ex post* y *ex ante*.

[158] Una cuestión distinta, y con la que coincido, es admitir que no sólo en los delitos de lesión se produce una consecuencia jurídica; también los delitos de peligro abstracto (y los de mera actividad, y los de omisión propia) provocan (o mejor dicho se les supone) una consecuencia, a saber: el *peligro*, en cuanto que sobre la base de un pronóstico *ex ante*, en el mundo exterior, se ha producido un *resultado de riesgo* para los bienes jurídicos, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", en *Ensayos penales*, Madrid, 1999, p. 191. Sólo que ontológicamente, en este último caso, acción y peligro constituyen una misma y única realidad, el peligro no puede separarse de la conducta. También puede decirse que todo delito implica un "resultado", pero por aquél resultado que está presente en *todo* delito entiendo: la infracción de la vigencia de la norma primaria. En algunos supuestos, para que se de la infracción de la vigencia de la norma hará falta (porque así lo ha previsto el legislador) además de la conducta contraria a la exigida, un resultado externo (por ejemplo en el tipo

El propio MAZZACUVA[159] asume que la tipicidad del "hecho cometido" puede venir dada por la verificación de un "resultado" (consecuencia del comportamiento incriminado) o, de manera más sencilla, puede derivar de la realización de una "mera conducta".

Pero afirmar esto no implica negar, que en el ámbito de las preferencias, o que, *de iure condendo*, sea preferible[160] la tipificación de delitos cuyo eje fundamental gravite sobre un resultado externo, sobre un máximo de datos objetivos que garanticen mejor el principio de certeza, de seguridad jurídica y de taxatividad. El contenido de la antijuridicidad variará dependiendo de la concreción del bien jurídico y de la técnica utilizada en la tipificación, así, en los delitos de peligro abstracto, mera actividad y omisión propia, es evidente que la lesión del bien jurídico, y su comprobación efectiva perderá peso frente a la infracción del deber, pero ello es debido a la propia estructura del delito y de su injusto. Con un ejemplo concreto, de comparación entre el falso testimonio previsto en el artículo 502.3 del Código penal - en el que el tipo tan sólo dice "el que faltare a la verdad en su testimonio será castigado..." - , y el falso testimonio previsto en el artículo 458.2 - que exige que el testimonio se de en contra del reo, o que a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria - evidentemente *la conducta delictiva es equivalente* (faltar a la verdad), pero en el artículo 458.2 se exige un resultado, una consecuencia externa y diferenciada de

---

consumado de homicidio); pero en otros mucho supuestos, para que se de la infracción de la norma, bastará - como fenómeno normativo que pueda dar lugar a la imputación penal - con la realización de una conducta (pero en este caso, fenómeno jurídico, resultado - que se ha desmaterializado - y conducta, son una misma entidad), como en la tentativa, o en el delito de incomparecencia parlamentaria, por ejemplo; en parecido sentido, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1/9, al expresar que muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa.

[159] Vid., MAZZACUVA, voce "Evento" en *Digesto delle discipline penalistiche*, 1990, ristampa de 1994, pp. 447-449.

[160] Ciertamente, la Ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, cfr., JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 29.

la conducta, y por ello su técnica de tipificación es, *de lege ferenda*, preferible a la del 502.3[161].

4. Se ha puesto de relieve que contra el concepto de bien jurídico pueden aportarse motivos de orden técnico, en el sentido de que no sería posible individualizar para cada delito un objeto jurídico específico, existiendo delitos en los que tan sólo se puede determinar el genérico interés del Estado a que no se desobedezcan sus mandatos[162]. Y por ello también se ha negado que en Derecho penal existan principios que, en virtud de una norma de la parte general o en virtud de normas constitucionales, impidan o veten la supervivencia o la creación de delitos de mera desobediencia[163]. Ante tal realidad jurídica, la generalización[164] del principio de ofensividad, *de iure condendo,* ha ido afianzando sus posiciones.

La exigencia de la "necesaria lesividad" del delito implica que el Derecho penal sólo puede sacrificar la libertad a condición de incriminar comportamientos de efectiva seriedad antisocial, y por tanto hechos ofensivos, que no sean la expresión de una mera desobediencia[165], de irregularidades administrativas, o de

---

[161] Para suplir las carencias *de lege lata*, DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 154-155, entiende que la "búsqueda" de la ofensividad choca, a menudo con la taxatividad (oponiendo al formalismo la sustancia, se fuerza el dato "literal" que parece demasiado taxativo, para transformar la incriminación en más lesiva y por ello más justa). Sólo que el autor plantea aquí una compleja disyuntiva: renunciar a los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica, en favor de una interpretación creativo-garantista, enfrentada al texto de la ley, basada en la búsqueda y a menudo creación teórica de un bien jurídico escasamente aprehendible, para posteriormente tratar de comprobar una concreta ofensividad allí donde el legislador no la exige. La solución, desde luego no es sencilla. Sobre el principio de ofensividad como cánon interpretativo vid., PALAZZO, "Offensivitá e ragionevolezza nel controllo di costituzionalitá sul contenuto delle leggi penali", cit., pp. 355 y ss.

[162] Vid., por ejemplo, VASSALLI, "Considerazioni sul principio di offensivitá", cit., p. 672.

[163] Sobre el tema vid., VASSALLI, *Ob. cit*., p 625.

[164] Vid., Carlo FIORE, "Il principio di offensivitá", en *L' Indice Penale*, 1994, p. 278.

[165] Sobre los delitos de pura desobediencia y la función promocional, vid., CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, cit., pp. 414-415. Sobre la técnica de tipificación de conductas

transgresiones formales[166]. Por ejemplo, el hecho de que "el substrato material" de la ofensa, en los delitos de omisión propia sea un *dato negativo* y normativo como un "no-resultado" coloca a estos delitos en una situación peculiar en términos de lesividad. No es extraño en consecuencia, que la doctrina haya evidenciado la tendencial refractariedad de los ilícitos de omisión pura en cuanto a la lesión del bien jurídico. El delito de omisión propia tendería a construirse en términos de mera desobediencia, y podría, todo lo más, poner en peligro (y las más de las veces sólo abstractamente o de forma presunta) el interés tutelado[167]. En sentido similar, razona SGUBBI, que debido a la estructura normativa de la omisión, la figura delictiva que contempla el hecho omisivo típico se inclina hacia el dato de la "inobservancia de la norma comportamental", y que el delito tiende a agotarse en este único dato, dando así vida a una figura delictiva centrada esencialmente en la *desobediencia* al mandato[168]. El delito se presentará

---

punibles meramente sancionatoria vid., CATENACCI*, La tutela penale dell' ambiente*, Milano, 1996, pp. 61 y ss., pp. 120 y ss., y pp. 159 y ss.

[166] Cfr. DONINI, "Teoria del reato" (voce), cit., p. 232; DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 118; MAZZACUVA, "Modelo costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell' illecito penale", en *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ZANOTTI, 2ª ed., Torino, 2000, p. 89; MOCCIA, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", Ragués Valles (Trad.), en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (Ed.), Barcelona, 1997, p. 137.

[167] Cfr. CADOPPI, ""Non-evento" e beni giuridici "relativi": spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensivitá", en *L' Indice penale*, 1989, p. 386 y p. 392; advierten del peligro de transformar los delitos de omisión propia en figuras de *mera desobediencia* también, PALIERO, "*Minima non curat praetor"*, Padova, 1985, p. 145; y SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell' evento*, cit., pp. 82-83.

[168] Cfr. SGUBBI, *Ob. cit., loc. cit*. Explica CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, cit., p. 22, basándose en afirmaciones de Nuvolone, que en los delitos de omisión propia existe un deber jurídico de actuar; en este deber jurídico reside el valor, y la infracción es el desvalor que se agota en sí mismo independientemente de la lesión de un interés externo a la norma, y protegido por ella. En este sentido, los delitos de omisión pura serían delitos formales o "sin resultado". También BRICOLA, "Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela", en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo 2, Canestrari/Melchonda (Dirs.), Milano, 1997, pp. 1505-1506, refiriéndose al ilícito administrativo, advierte que en éste, el bien jurídico hace más de objeto de tutela que de objeto de una lesión, y que la necesidad de la tipificación concierne, más que a una conducta o a un hecho lesivo, a determinadas reglas de organización, fundándose el ilícito administrativo, al menos tendencialmente, en la "transgresión a un precepto comportamental de carácter ordenatorio, en un precepto que no tiene una función inmediata de tutela del bien, sino que contempla esa tutela de un modo mediato y adelantado, disciplinando,

como de "peligro presunto", y en sede judicial será suficiente demostrar que se ha producido la transgresión de la orden.

Los delitos de omisión propia, los de mera actividad, y los de peligro abstracto tienden a construirse como ilícitos de "mera desobediencia", "formales", y carentes de una concreta ofensividad externa. Es por esta razón que en los delitos de infracción de un deber positivo, como el deber de comparecencia y el de veracidad, será necesario buscar, en sede interpretativa, una institución positiva y una razón o interés que sean dignos de tutela. En otros términos, si la norma primaria impone determinados comportamientos/deberes positivos, habrá que determinar no sólo la infracción del deber positivo mediante la infracción de la norma de conducta, sino que también, y en la medida de lo posible, será necesario establecer no ya la lesión, sino la falta de contribución a la creación y mantenimiento de la institución positiva generadora y fundamentadora de tal deber positivo.

La doctrina actual no acepta los *delitos de mera desobediencia*, como categoría estríctamente formal, que en su propio sentido expresa una rebeldía sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico[169]. En el ámbito de los ilícitos de incomparecencia e inveracidad ante Comisiones parlamentarias de investigación podría llegar a esgrimirse la amenaza de castigar una "mera desobediencia" frente a actos parlamentarios, en el primer caso se estaría desobedeciendo el requerimiento formal de la comparecencia, y en el segundo el exhorto a decir verdad. Podría argumentarse que estos preceptos tan sólo buscan asegurar el cumplimiento de determinados objetivos estatales de interés público. El

---

regulando y organizando una determinada actividad. La incomparecencia (desobediencia) y el falso testimonio parlamentarios podrían encajar perfectamente en esta descripción, y sin embargo son ilícitos penales...

[169] Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, "El "resultado" en la teoría jurídica del delito", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, p. 57; FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", en *Scritti in memoria di G. Bellavista, vol. I, Il Tomasso Natale*, 1977, p. 190 y ss; BRICOLA, "Teoria generale del reato", cit., p. 776 y ss.

[169] Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, "El "resultado" en la teoría jurídica del delito", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, p. 57; FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", en *Scritti in memoria di G. Bellavista, vol. I, Il Tomasso Natale*, 1977, p. 190 y ss; BRICOLA, "Teoria generale del reato", cit., p. 776 y ss.

específico desvalor de la desobediencia se encontraría no en la causación de un daño o perjuicio a auténticos bienes jurídicos, sino en haber obstaculizado la promoción o el favorecimiento de una actividad parlamentaria, y de su esquema procedimental[170]. Ante tales técnicas, conviene, como expone CATENACCI, proceder con extrema cautela, y buscar una interpretación en clave ofensiva[171]. Se trataría por tanto de recuperar, a la luz del principio de ofensividad, figuras delictivas construidas con técnicas meramente sancionadoras, tarea no exenta sin embargo de graves dificultades, precisamente por la construcción típica que combinará delitos de omisión propia o de mera actividad con puestas en peligro abstractas de bienes jurídicos supraindividuales[172].

Una exposición coherente, en relación con los supuestos "delitos de mera desobediencia" es la desarrollada por FIANDACA[173], quien señala que respecto a tales delitos hay que despejar rápidamente un equívoco. Con la etiqueta de los "delitos de pura desobediencia" no se ha pretendido sostener la viabilidad de preceptos penales ante los cuales fuera extraño el objeto de tutela de bienes

---

[170] Vid., en el mismo sentido para la desobediencia frente a actos administrativos, CATENACCI, *La tutela penale dell' ambiente*, cit., pp. 61-62, p. 64 en nota 29, y pp. 65 y ss; asimismo, vid. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 99-100, advirtiendo que determinadas normas penales no se centran tanto en la configuración de tipos de acción u omisión, como en la elaboración de esquemas, incluso procedimentales, llevando a una dicotomía entre normas de conducta/normas de organización. Vid., también, MORALES PRATS, "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en *Intereses difusos y Derecho penal. Cuadernos de Derecho judicial*, Boix Reig (Dir.), Madrid, 1994, p. 81, al expresar que un modelo de intervención penal *excesivamente dependiente*, de corte meramente sancionador, desprecia la autonomía del Derecho penal y los presupuestos valorativo-teleológicas de la interpretación penal. En estos supuestos se desvanece el principio de ofensividad del bien jurídico y el Derecho penal acaba por tutelar aspectos formales de un sector de actividad o bien meras funciones administrativas (también podríamos decir parlamentarias) o de control. En estos casos se suscita un peligro de sustituir el Derecho penal de los *valores* (y de los desvalores) por un Derecho penal *de las funciones*. Este proceso lleva a poner en cuestión el carácter de *última ratio* del Derecho penal.

[171] Cfr. CATENACCI, *Ob. cit*., pp. 126-127, aunque ello implique tener que usar cánones ermenéuticos de tipo *teleológico* (p. 159).

[172] De hecho, y como razona JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 51, el desarrollo hacia lo instrumental no puede detenerse con lamentos. Es pues posible que la sociedad esté variando inevitablemente su rumbo desde lo personal a lo instrumental.

[173] Vid., FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", cit., pp. 193 y ss.

jurídicos; así, ninguna norma razonable pretende obediencia por sí misma, sino que más bien, la obediencia a la norma debe ser el medio para preservar la integridad del bien jurídico[174]. Ello significa, en otros términos, que la protección del bien representa, cuanto menos, el motivo de la creación de la norma penal. Por eso, desde esta perspectiva, parece excesivo el reproche de quien ha visto, en los delitos carentes de un resultado peligroso, una especie de tributo injustificado a la "omnipotencia del legislador", preocupado tan sólo en poner a prueba la obediencia de los destinatarios de la norma[175]. En este orden de consideraciones, FIANDACA estima que los delitos de peligro abstracto , en línea de principio, pueden constituir un instrumento técnico capaz de preservar valores dignos de protección[176]. Pero para ello no hay que confundir, como a menudo se hace, la mera conducta con la mera intención, puesto que una cosa es una pura intención subjetiva carente de toda objetividad externa, y otra cosa bien distinta es una conducta, una acción u omisión generadora de un cambio en el mundo real y exterior, y productora de un peligro objetivo. La infracción de una norma primaria de conducta (que no de intención) no se produce mediante un elemento subjetivo interno, sino mediante la realización u omisión de un acto, en concreto, mediante la no realización de la conducta mandada, o mediante la realización de la conducta prohibida, según estemos ante un mandato o ante una prohibición. Como expone FIANDACA, si se objeta que un hecho peligroso en abstracto constituye la expresión de la peligrosidad del autor, puede rebatirse que la abstracta peligrosidad del hecho se mide siempre sobre la base de su potencialidad lesiva respecto del bien objeto de protección: un comportamiento abstractamente peligroso sería simplemente sintomático de la peligrosidad del autor si careciera totalmente de cualquier referente objetivo, del que suele

---

[174] Cfr. FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", cit., p. 193.

[175] Vid., FIANDACA, *Ob. cit., loc. cit.*.

[176] FIANDACA, *Ob. cit., loc. cit.*.

deducirse la posibilidad de un resultado lesivo[177]. Si el autor de una conducta abstractamente peligrosa demuestra una peligrosidad subjetiva, esto debe ser conectado al contenido material de la conducta, y debe ser referido a un objeto de tutela. Y por ello, la función de tutela de bienes jurídicos latente en los tipos de peligro abstracto, unida a la potencialidad lesiva de la conducta abstractamente peligrosa, impiden que el juicio sobre el hecho material se desvanezca en un juicio sobre el autor o sobre la represión de la mera desobediencia[178].

5. Respecto del grado de anticipación de la tutela, y como un posible dato objetivo/normativo, cuanto más importante sea - según la Constitución - el bien atacado por el delito, mayor legitimidad tendrá la posible anticipación. Ahora bien, la anticipación de la tutela comporta dos efectos convergentes. Por una parte, cuanto mayor sea la anticipación, mayor será la tendencia de la conducta típica a transformarse de conducta sustancialmente ejecutiva, en conducta sustancialmente preparatoria; ello implicará la punibilidad de una conducta que se aleja del resultado lesivo. Por otra parte, cuanto más aumenta la anticipación de la tutela, más tiende a disminuir la peligrosidad de la conducta típica, esto es, la posibilidad de producir la lesión del bien jurídico[179]. Es por ello, que mediante la vía de la interpretación en clave de ofensividad, puede llegar a evitarse que determinados tipos penales (formal y legítimamente válidos) se apliquen incluso a conductas que, si bien aparecen desde el principio de tipicidad como conformes al modelo legal del delito, todavía no tengan (por inofensivas) el carácter de una agresión penalmente relevante[180]. Esta propuesta, tan sólo garantista para el destinatario de la norma como delincuente potencial, evidentemente choca con el principio de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica, y entraña los riesgos de

[177] Cfr. FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", cit., p. 197.

[178] Cfr. FIANDACA, *Ob. cit*., p. 198.

[179] Vid., en este sentido ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 180-181.

[180] Puede verse esta propuesta en FIORE, "Il principio di offensivitá", cit., pp. 287-288.

una peligrosa discrecionalidad judicial. Pero sin embargo permite evitar la punibilidad, por ser hechos mínimamente lesivos o inofensivos, de conductas inocuas, es decir, absolutamente inofensivas para el bien tutelado aunque perfectamente conformes al comportamiento típico/legal; y de conductas subjetivamente orientadas a la lesión de un bien, pero incapaces de lesionar debido a la imposibilidad de asumir una adecuada potencialidad lesiva[181]. ¿Pero entonces, porqué el legislador utiliza delitos de omisión propia y de mera conducta y los pone a tutelar bienes jurídicos supraindividuales mediante la técnica de los delitos de peligro? ¿Es lícito que el intérprete "deconstruya" estas figuras para "reconstruirlas" (supuestamente en contra de la voluntad del legislador objetivada en la figura delictiva antes de ser deconstruida) a la luz de determinados principios que no figuran ni pueden razonablemente inferirse de ningún texto normativo, y que por ello adolecen de bases sólidas para su existencia jurídica, salvo ser la expresión de un deseo razonable del intérprete?[182]

---

[181] Vid., FIORE, "Il principio di offensivitá", cit., pp. 287-288.

[182] No soy capaz de dar una respuesta categórica en ninguno de los dos sentidos. Pero puede contrastarse de nuevo el problema con dos ejemplos prácticos:

- Siete médicos, miembros de la plantilla de un hospital contemplan, todos ellos y de igual forma, cómo, durante tres semanas, otro médico, anestesista del mismo hospital, antes de proceder a la anestesia de los pacientes, se inyecta una parte de la dosis, y posteriormente con la misma aguja procede finalmente a la anestesia (sólo que, al inyectarse ha infectado la aguja con el virus de la hepatitis del cuál es portador y el paciente resulta también infectado como consecuencia de la conducta irregular previa del médico anestesista). El problema, entre ofensividad y tipicidad e infracción de deber que yo planteo es el siguiente: si los siete médicos son requeridos ante una Comisión de investigación para declarar sobre la conducta del anestesista, y uno de ellos deja sin justa causa de comparecer ¿Afecta su ausencia al bien jurídico? Parto de la base teórica de que los siete médicos pueden aportar exactamente los mismos datos, pues todos saben y han presenciado exactamente las mismas prácticas. Si la Comisión puede contar con la presencia y testimonio de seis médicos para que declaren e informen, ¿En qué medida puede afectar al desarrollo de la labor investigadora el hecho de que no comparezca alguien que nada nuevo ni distinto iba a aportar en su declaración? Desde el paradigma de la necesaria ofensividad, en el caso concreto, podría concluirse que su conducta (la incomparecencia) no ha lesionado ni puesto en peligro el bien jurídico, y que por tanto no es punible. Desde el punto de vista de la tipicidad de la figura de la incomparecencia, la simple no-comparecencia es ya delictiva, y por tanto la conducta del médico debería ser castigada con independencia de que materialmente su incomparecencia haya afectado o no en concreto al bien jurídico. Desde la perspectiva de la infracción de deber, es evidente que si se impone un deber de comparecencia y no se comparece, el deber positivo de colaboración con la institución resulta infringido, y por ello sería ya indiciario de la punibilidad de la conducta omisiva.

- Un segundo ejemplo, sería el que sigue: Una Comisión parlamentaria de investigación está tomando testimonio a un declarante. Todos los miembros de la Comisión de investigación

¿Habría que retomar el concepto de infracción de deber, conceptuado desde las bases garantistas de un Estado social y democrático de derecho para interpretar estas figuras? Como decía BINDING, *detrás de la prohibición y del mandato aparece la más espesa de las nieblas ante todo aquél que intente buscar la antijuridicidad*[183].

6. El delito, en estos supuestos, no sólo consiste en la lesión de un bien jurídico, sino que representa además la infracción de un deber jurídico-penal contenido en la norma primaria, por ejemplo: "Obligado comparecer/prohibido no comparecer", "Obligado decir la verdad/prohibido faltar a la verdad". Aparecen así, como necesidades de conductas adecuadas a las normas, los deberes positivos jurídico-penales de comparecencia y de veracidad ante una Comisión de investigación Parlamentaria, deberes especiales y personales que vinculan de una forma *positiva* al portador de un rol con una institución, y por ello creo que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación, estudio, y análisis del tipo.

No hay acciones de ilícito, cuyo desvalor no esté referido, de alguna manera, a un bien jurídico; toda prohibición o mandato jurídico-penal sirve a la protección o al fomento de un bien jurídico. Esto vale también para los delitos de mera actividad, de omisión propia y de peligro abstracto; el problema es que no todos los bienes jurídicos se concretan en objetos corporales que sean accesibles

---

saben *ex ante*, porque lo han visionado en el vídeo que obra en su poder, y que contiene la filmación de una cámara colocada en determinada vía pública, que el sujeto que declara se encontraba el día 8 de noviembre en Teruel. El problema que se plantea de nuevo entre tipicidad, ofensividad e infracción de deber sería el siguiente: Preguntado el testigo por su paradero el día 8 de noviembre, éste contesta, faltando a la verdad, que se hallaba en Madrid (y no en Teruel). ¿En que medida puede afectar materialmente esta falsedad al desarrollo de la investigación, si los parlamentarios ya conocían la verdad de forma incontrovertida? ¿Es ofensiva materialmente y en el caso concreto la inveracidad? Aparentemente la respuesta es negativa desde el principio de ofensividad. Sin embargo la conducta, consistente en faltar a la verdad, es perfectamente típica y debería ser en principio punible. En cuanto a la infracción del deber de veracidad, ésta está fuera de toda duda, el compareciente tenía la obligación jurídica de ser veraz en su testimonio y ha infringido con su declaración mendaz dicho deber, y por tanto la conducta debería ser punible.

[183] La cita la recoge KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 16.

a una afectación directa[184]. Y en definitiva, el medio jurídico para alcanzar esa meta de protección, es decir para que no se den acciones que lesionen el objeto de bien jurídico, o para que sean ejecutadas acciones que mantengan el objeto de bien jurídico, son las normas jurídicas primarias de determinación[185]. BINDING califica de "tarea principal" de las normas "la fundamentación de los deberes eminentemente personales de las personas físicas de actuar u omitir"[186]. Para BINIDING, el motivo de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida; viceversa, mediante el mandato de una acción ha de lograrse un resultado ventajoso. Vistas desde el punto de vista del Estado las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos[187]. BINDING correlaciona las normas con los bienes jurídicos; así, en los delitos de lesión se esconde "bajo la cáscara de la desobediencia" un "núcleo que es una lesión de los bienes"; ello es más notorio en los delitos de lesión que en los delitos de peligro. En los delitos abstractos de peligro, la posibilidad de la lesión de un bien jurídico pasa tan a segundo plano que estos delitos *se agotan en la simple desobediencia*. Por esta razón BINDING opone al grupo de delitos de simple desobediencia - como el falso testimonio o la incomparecencia parlamentarios -, el de delitos de lesión[188]. Interpretando al insigne autor, es patente que el delito se concibe como la infracción de un deber, pero nunca desvinculado de un bien jurídico[189].

---

[184] Cfr. ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 138.

[185] Vid., ZIELINSKI, *Ob. cit.*, p. 140, señalando que las normas son órdenes, mandatos y prohibiciones, de tender con perseverancia a algo determinado o de no tender a ello.

[186] Vid., ampliamente el análisis que sobre Binding, en este aspecto realiza KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pp. 13 y ss.

[187] BINDING, *Normen* I, cit., pp. 52-54, cit. por KAUFMANN, *Ob. cit*., p. 14.

[188] Así lo expone KAUFMANN, *Ob. cit., loc. cit*.

[189] Vid., KAUFMANN, *Ob. cit..,* pp. 16-17, desarrollando los planteamientos de Binding: Para Binding, de la prohibición o el mandato no se infiere que la valoración del legislador haya sido la correcta. Pero ¿Quién puede trazar con seguridad el límite entre la razón y la sinrazón jurídicas? […]Para Binding el delito surge con la norma, y la posibilidad de su violación por parte de cada uno, a través de su toma de conocimiento y únicamente a través de ella. Pero detrás de la prohibición y el mandato, aparece la más espesa de las nieblas ante todo

En este trabajo por tanto, y debido al realidad normativa vigente, asumo que la protección de bienes jurídicos no alcanza a explicar de forma unilateral y exclusiva todos los elementos del delito[190]. Y utilizo como punto de partida el hecho resaltado por JAKOBS, de que la equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional[191], como es el caso de los delitos de infracción de deber de veracidad y de comparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias. En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional, debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación - no necesariamente interesada - en el caso ideal de una comunidad vital. A causa de esta comunidad le afectan al autor expectativas especiales de comportamiento (como la comparecencia y la veracidad), cuyo contenido no se puede reflejar, o sólo incompletamente si se atiende sólo a la lesión de un bien[192]. La expectativa que se refiere a un deber especial (de comparecencia y de veracidad) no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor (de testigo colaborador con la investigación parlamentaria) para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución sólo es unidad funcional si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel[193]. En este caso, la relación del autor no es sólo *negativa*,

---

aquél que intente buscar la antijuridicidad. Por esta razón hay que dejar de lado todas las fantasías iusnaturalistas, los más peligrosos y exitosos enemigos de toda ciencia del derecho.

[190] Así, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/16, y 2/18.

[191] Cfr. JAKOBS, *Ob. cit*., 2/16.

[192] Vid., JAKOBS, *Ob. cit*., 2/17.

[193] Cfr. JAKOBS, *Ob. cit*., 2/17. Como JAKOBS afirma: naturalmente, a la existencia de todo bien le es connatural que no se produzca su lesión; pero en los delitos especiales el bien

sino básicamente *positiva*, debe contribuir desde su ámbito de organización al sostenimiento o creación de la unidad positiva. No se trata de la perturbación de unidades funcionales existentes, intactas en sí, sino de la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional, o de la no-producción de bienes jurídicos[194].

Así pues, y tras comprobar la existencia de delitos muy alejados del principio de ofensividad en la realidad jurídico-penal vigente en nuestro Estado social y democrático de derecho; y en la medida en que no resulta aceptable falsear la realidad normativa, puede, con toda prudencia, afirmarse con JAKOBS, que no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico[195]. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos se hallaría en la infracción de un deber[196]. Deberes jurídico-penales que se deducen de la norma primaria, en la que se hallan contenidos, y

---

jurídico como unidad funcional surge sólo cuando el sujeto del deber - el obligado - desempeña el papel que le está asignado en la institución.

[194] Para un análisis crítico de la relación entre el concepto de infracción de deber y bien jurídico, vid., ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 118 y ss., pero sin tomar en consideración los planteamientos propuestos por JAKOBS, y criticando tan sólo una visión puramente subjetiva de la infracción del deber. Esa visión puramente subjetiva que Angioni critica no es la sostenida en este trabajo, pues entiendo que la infracción del deber debe exteriorizarse y objetivarse precisamente mediante una conducta (acción u omisión) contraria a la ordenada o prohibida por la norma primaria.

[195] En este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal,* Cancio Meliá (Trad.), Madrid, 1996, p. 101, razona que ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas - causalidad, dolo -; y que por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.

[196] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/18. De manera similar se ha pronunciado, aunque desde distintos postulados iniciales, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit., p. 465, quien expone que al examinar el injusto del delito omisivo, lo primero que destaca es la infracción del deber jurídico. No quiero decir con ello que en el delito activo la situación sea distinta - ¿Qué puede significar un hecho antijurídico que no es contrario a ningún deber jurídico? - , sino sencillamente que en la omisión la necesidad de conectar el injusto con la infracción de obligaciones jurídicas es especialmente notoria. Quienes intentan desligar el injusto de la infracción de deberes jurídicos para centrarse sólo en el aspecto material de la lesión o puesta en peligro de bienes tienen en este punto verdaderos problemas.

que pueden ser tanto negativos (prohibido matar/obligado no matar), como positivos (obligado comparecer/prohibido no comparecer).

Puede presumirse que las normas jurídico-penales en un Estado democrático suelen tener un motivo razonable para su existencia, en general, no responden a un puro decisionismo, no surgen de la nada ni sin ningún sentido[197]; el legislador penal crea una figura delictiva porque busca que algo suceda en el mundo exterior, y por ello establece prohibiciones y mandatos mediante mecanismos legítimos. Pero no siempre busca evitar la efectiva lesión de bienes jurídicos, sino que en ocasiones, el legislador contempla como valiosas determinadas conductas, y por ello crea normas penales que las exigen. El legislador, en ocasiones, estima que para la creación, funcionamiento y mantenimiento de una institución positiva, es necesaria una conducta positiva y cooperadora de las personas; en estos casos, el valor de la norma es la conducta en sí misma considerada, o si se quiere, el desempeño correcto de las expectativas del rol. Lo característico en los delitos de incomparecencia y de inveracidad parlamentarios es que el legislador ha conceptuado las conductas de "comparecer" y "declarar verazmente", como expectativas positivas, como conductas positivas, valiosas, necesarias, y sin las cuales no es posible la existencia o mantenimiento de una Comisión parlamentaria de investigación. La propia comparecencia y el testimonio veraz, ambas *conductas* son el bien jurídico inmediato de estos delitos; la veracidad y la comparecencia son los elementos valorados de los cuales el comparendo aparece como garante (incluso a su pesar). El legislador establece una relación positiva y necesaria entre el testigo compareciente y la Comisión de investigación, le impone unos deberes positivos jurídico-penales, y le otorga un *status* particular del que derivarán roles y expectativas.

[197] No es este lugar para desarrollar un estudio sobre la validez y legitimidad del derecho en un Estado social y democrático de derecho, que en principio corresponde a otras instancias y disciplinas científicas, y no tanto específicamente al Derecho penal.

2. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional.

2.1. Deberes negativos, deberes positivos; responsabilidad por organización y responsabilidad institucional.

1. JAKOBS ha distinguido entre deberes generales, deberes especiales; y responsabilidad en virtud de organización, y responsabilidad en virtud de competencia institucional[198]; tomaré dicha distinción[199] como punto de partida

---

[198] Vid., por ejemplo: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, ya en el Prólogo, p. X; posteriormente, cit., 1/6, 1/7, 1/8, 2/16, 2/17, 2/18, 7/56 y ss., 7/70 y ss., 7/78, 21/2 y ss., 21/16, 21/115 y ss., 25/43 y ss., 21/116, 28/14 y ss., 29/29 y ss., 29/57 y ss., 29/101 y ss., 29/106 y ss; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 2001, pp. 11 y ss; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Peñaranda Ramos (Trad.), Bogotá, 1994, pp. 11 y ss., y pp. 42 y ss; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", Sánchez-Vera (Trad.), en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 131-134, pp. 135 y ss., y pp. 142 y ss; JAKOBS, "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", Polaino Navarrete (Trad.), en *Revista de Ciencias Penales*, n. 6, 2000, pp. 103 y ss; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 101 y ss; Vid., también LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 67 y ss., y pp. 107 y ss; RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 136 y ss; En profundidad, y desarrollando las aportaciones de JAKOBS, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss., pp. 83 y ss., y pp. 93 y ss. Incluso SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", Sacher (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 649-650, en un artículo sumamente crítico con Jakobs, expone que Jakobs estableció dos causas de imputación válidas del mismo modo para el hacer como para el omitir: la competencia por organización y la competencia institucional. Y Schünemann afirma que ante estos nuevos conceptos tiende a adoptar una actitud protectora del manual de Jakobs con porciones altamente considerables de una dogmática que considera la realidad jurídica de un modo sumamente creativo. Sobre la distinción efectuada por Jakobs, vid. también BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997, pp. 164 y ss., para la imputación en los delitos de actividad, y pp. 405 y ss., en el ámbito de la imputación en los delitos de omisión. Sobre los deberes negativos y los deberes positivos, vid., ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 27-153.

[199] PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, 1999, p. 50, afirman que en muchos aspectos resulta fructífera la distinción de Jakobs entre delitos en virtud de una competencia por organización (delitos de dominio en una terminología más usual en Alemania) y los delitos en virtud de una competencia institucional (delitos especiales, o de deber especial, en esa misma terminología).

para el estudio de los delitos de incomparecencia y de inveracidad ante Comisiones parlamentarias de investigación[200].

El primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de los límites *generales* de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo[201]. Pero los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo *socialmente configurado* de una determinada manera; y tienen un *status* especial[202], como testigo llamado ante una Comisión de investigación, como médico o como madre, que viene definido por un haz de derechos y *deberes*[203] (como por ejemplo, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, en el caso de personas requeridas ante una Comisión de encuesta parlamentaria). El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese *status especial*[204]. Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre

---

[200] En opinión de LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 72, en principio todos los delitos pueden ser llevados a cabo como delitos de infracción de deber o como delitos de organización.

[201] Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (Trads.), Madrid, 1997, p. 347.

[202] Cfr. JAKOBS, *Ob. cit*., p. 348, estos límites designan el ámbito del derecho de configuración; más allá de ellos se encuentra el ámbito del deber de evitar la configuración. Las reglas sobre la configuración del mundo exterior designan, por tanto, el *status general* de cualquier miembro de la sociedad, el rol de todos en contraposición con el rol especial del titular de un *status específico.*

[203] La relación institucional se encuentra definida por un haz de deberes, entre los que se encuentran también los deberes de organización, cfr., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 71.

[204] Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 348; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", Rey Sanfiz/Sánchez-Vera (Trads.), en *CPC*, 2001, p. 278, p. 280, y pp. 285 y ss. Sobre la distinción propuesta, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37-38, observa que, del mismo modo que Roxin diferencia, esencialmente entre dos categorías de delitos - los de dominio y los de infracción de deber -, Jakobs establece también una clasificación bifronte de los delitos; a saber, en "delitos de dominio" también por él llamados "en virtud de una organización", y en "delitos de infracción de deber".

la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal[205].

El *status general* configura por tanto la competencia por organización; a cada uno compete, en virtud de su *status general*, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Todos tienen que asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel de lo permitido. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene *como mínimo* el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona[206]. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán[207].

JAKOBS pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas *relaciones positivas*: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una Institución del Estado. Por ello existe una diferencia entre los deberes que competen a *todos* en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial[208]. La infracción de los deberes derivados de un status especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber[209].

---

[205] Sobre ello vid., SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en el *Estudio preliminar* que realizan al libro de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal,* Cancio Meliá (Trad.), Madrid, 1996, p. 87.

[206] Vid., JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 349; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., p. 277; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", p. 131; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., p. 11, observa que todo delito, sea un delito de comisión o de omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada. En cuanto al contenido de la expectativa, […] frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de otras personas.

[207] Cfr. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 12.

[208] Cfr. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 13. Por otro lado, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Estudio preliminar*, al libro de Jakobs: *La imputación objetiva*

Puede observarse, en relación con el bien jurídico, que tanto las normas que imponen a un sujeto la obligación de evitar una extensión de la propia esfera de organización a costa de los ámbitos organizativos de otros, y que plantean por tanto, una relación puramente negativa entre el sujeto y el bien jurídico (*neminem laedere*), como aquellas que obligan por el contrario a la "conexión de esferas vitales" o a la "configuración de un mundo parcialmente en común", y con ello a prestaciones positivas para la subsistencia o la producción de bienes jurídicos, contienen con carácter general, una referencia a un estado de cosas (presente o futuro) que se define por la existencia de un bien jurídico[210]. En general, pues, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo (delitos comunes, o de dominio del hecho, o en virtud de responsabilidad por organización); o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y a su fomento, esto es, mediante un deber especial[211] (delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional). En el primer supuesto, en los delitos de dominio*, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima*; *si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos.* En el segundo de los supuestos - en los

---

en Derecho penal, cit., pp. 86-87, observan que esta diferenciación no coincide con la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, ya que ambas categorías abarcan tanto delitos de comportamiento activo como de comportamiento pasivo.

[209] Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1998, pp. 383 y ss., y pp. 700 y ss; ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Muñoz Conde (Trad.), Barcelona, 1972, pp. 43-53; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/15, 29/106; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 27-153, y pp. 275 y ss.

[210] Vid., sobre ello, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, cit., p. 50; los autores afirman y desarrollan la idea (que comparto) de que el concepto de bien jurídico no es para nada un criterio ajeno ni externo a las construcciones dogmáticas de Jakobs, y que por tanto, la posición de Jakobs no se distingue materialmente de la doctrina dominante más que en algunos matices conceptuales, vid. pp. 50 y ss.

[211] Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.3, 1999, p. 11.

delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional -, en cambio, *bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo*[212]. En el caso de los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones de investigación estamos precisamente ante este segundo supuesto, en el que el sujeto se encuentra vinculado (incluso a su pesar) de una forma positiva, con una institución con la que debe cooperar. Existe un deber positivo de contribuir al bien jurídico, este deber positivo de colaboración con la Comisión parlamentaria de investigación obliga a quien es requerido, a ayudar y fomentar el bien, mediante su comparecencia y su declaración veraz. La situación inicial en que se halla la Comisión de investigación: de previa "ignorancia" o "desconocimiento"[213] de unos hechos que deben ser esclarecidos, es decir, una situación inicial de peligro o propicia para ser dañada, no ha sido producida ni empeorada por quien todavía no ha comparecido y todavía no ha dicho la verdad. La Comisión parlamentaria de investigación, en la configuración inicial de sus trabajos, es una institución positiva necesitada de ayuda para desarrollar su propia función, por ello incorpora al obligado a la institución. Esa necesidad de ayuda es la que hace surgir ambas figuras delictivas, y esa falta de ayuda (infracción de un deber positivo) es la que fundamenta la responsabilidad[214].

---

[212] Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., p. 11; vid. también JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/16 y ss; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, cit., p. 278, quien expone que en los deberes negativos, se trata de una situación de empeoramiento producida por el autor; si no existiera el autor no le amenazaría ningún daño a la víctima. Por el contrario, en los deberes positivos, el autor debe compensar además una situación propicia para la causación de daños existente con independencia de su comportamiento; aunque no existiese el autor, la víctima seguiría necesitando de igual manera ayuda.

[213] Es precisamente esa situación la que fundamenta la necesidad de crear una Comisión parlamentaria de investigación, unida a un interés público por aclarar determinados hechos.

[214] No digo que las cosas *deban ser* así, sino que *son* de esa forma. Que las figuras delictivas se construyan de esta manera, y que así se analicen, no excluye, que también pueda ser puesta en duda la necesidad de acudir a la vía penal para sancionar determinado tipo de conductas no-colaboradoras, con determinado tipo de instituciones.

2.2. Deberes negativos y responsabilidad en virtud de organización

1. Como hemos venido afirmando en este trabajo, la persona, contemplada desde un punto de vista normativo, es la unidad ideal de derechos y deberes[215]. Los deberes a su vez pueden distinguirse en positivos y negativos. Los deberes positivos serían deberes especiales que sólo atañen a grupos específicos de personas, y los deberes negativos serían deberes más generales que incumben a todos. El mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica. De lo contrario sería un mero suceso natural[216]. Las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones) en el que existen expectativas normativas estables. Existe en general y es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros[217]. Esta expectativa tiene un

---

[215] Vid., por ejemplo, JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", Cancio Meliá (Trad.), texto entregado en *I Jornadas interuniversitarias sobre nuevos retos del Derecho penal. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, Universidad de Alicante, 7/8 de Noviembre de 2002, p. 9..

[216] Extensamente vid., el apartado 2 ("La norma primaria jurídico-penal como norma de conducta"), del Capítulo III, de la "Primera parte" de este trabajo. Vid. también, JAKOBS, *Ob. cit*., pp. 9-10, explicando cómo la propiedad puede ser conceptuada como una *relación negativa*, como el derecho a no ser perturbado por los demás. Partiendo sólo de la propiedad, los demás no están obligados a ayudarme en su administración, por ejemplo, protegiéndola cuando yo no estoy en condiciones de hacerlo. Lo único a lo que están obligados los demás es a no perturbarme, es decir, no deben lesionar mi cuerpo, no privarme de mi propiedad material, no dañarla, etc.

[217] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 33-34. Aunque ya BINDING, *Die Normen I*, cit., p. 54, afirmaba que consideradas desde el punto de vista del Estado las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos frente a ataques futuros de personas responsables. Por esta razón, estos bienes son declarados inviolables y se formula la exigencia a las personas de *organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio.* Este concepto definido por BINDING es ciertamente parecido a la responsabilidad por organización esgrimida por JAKOBS. Sólo que para Binding la organización (defectuosa o prejudicial para otros círculos

contenido exclusivamente negativo: Los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de responsabilidad por organización[218].

La libertad de organización interna que le compete a toda persona responsable, está sujeta a una contraprestación (*synallagma*): La persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos. Si no cumple este deber, no puede reclamar libertad alguna[219]. Como formula LESCH, una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la *propia* responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad[220].

---

organizativos) fundamentaba la responsabilidad en cualquier tipo de delitos, y para Jakobs sólo es un criterio válido para determinadas figuras delictivas, y en todo caso no para los delitos que consisten en la infracción de un deber especial.

[218] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7. Sobre la responsabilidad en virtud de organización vid.: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7, 2/16 y ss., 7/56, 21/16 y ss., 28/14 y ss., 29/29 y ss., y 29/101 y ss; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., pp. 14 y ss; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, cit., pp. 279 y ss; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 135 y ss; JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 348 y ss; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 31 y ss; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 67 y ss. SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 22, razonando sobre el discurso de Feuerbach (*neminem laede*), afirma que: "La estructura de las relaciones interindividuales en la sociedad burguesa se construye de forma tal, que cada sujeto - en vía originaria - carece de toda relación jurídica con sus semejantes, salvo aquella - puramente negativa - conectada a la pretensión de "no interferencia" de la propia posición; por ello, la conducta agresiva que realiza el ilícito penal se presenta como una inmediata y directa violación del sistema de reglas que le es connatural, de un modo originario a toda sociedad.

[219] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 25/21. Como plantea LESCH, *La función de la pena*, Sánchez-Vera (Trad.), Madrid, 1999, p. 16, quien reclama para sí un ámbito de libertad (un círculo de organización), asume con ello, a la vez, la responsabilidad por las consecuencias que traiga consigo ese ámbito que se administra de manera propia y cerrada a los demás, esto es, existe una relación sinalagmática entre la administración propia y la responsabilidad personal, entre libertad y culpabilidad jurídico-penal, puesto que la libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad *personal*, sino mero arbitrio *subjetivo*. Quien pone en duda esa relación sinalgamática se comporta de forma contradictoria y no racional.

[220] Vid., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 32, para quien, libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad. GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber...", cit., p. 492, razonando sobre las aportaciones de Feuerbach, explica el sinalagma entre derechos y deberes surgidos del contrato

2. Los deberes negativos son pues los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de la organización defectuosa, se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un *rol común*[221]. Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias[222] sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello cada persona es garante de la inocuidad de su conducta[223]. La institución negativa fundamental[224] es la institución que en

---

social, de la siguiente manera: "El derecho de A, a la libertad subjetiva obliga a B, a omitir injerencias en la libertad de A, el derecho de B, a la libertad subjetiva obliga a A, a omitir injerencias en la libertad de B. El contrato social da lugar únicamente a que la libertad de A y la libertad de B sean determinadas jurídicamente según los mismos puntos de vista, y a que B sólo esté obligado a omitir injerencias en la libertad de A en tanto en cuanto A se abstiene de injerirse en la libertad de B.

[221] Ampliamente vid., LESCH, *Ob. cit*., pp. 67 y ss.

[222] Esta concepción de la responsabilidad está en relación con la teoría de la pena en Hegel, así, señala LESCH, *Ob. cit.*, p. 32, que en la teoría de la pena de Hegel, el delincuente no es considerado como un animal, un enfermo mental, o como un ser diferente, sino como ser racional, como igual, como persona libre y responsable, a la que se le reconoce su derecho a conformar el mundo según su voluntad. En efecto sólo entonces el delincuente puede ser tratado como un sujeto, al que se le otorga competencia de contraponer al derecho su propio esbozo individual del mundo, esto es, a desautorizar la vigencia de una norma y con ello, a la vez, a formular una ley, bajo la cuál él mismo puede ser subsumido. El delincuente es pues tomado en serio como persona, lo cuál significa que: la *responsabilidad* por las consecuencias es, necesariamente, la otra cara de la moneda que supone la *libertad* de poder organizar.

[223] Así, JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., pp. 15-16, manifestando que de lo acabado de decir, en primer lugar, deriva de manera casi evidente la posición de garantía respecto del propio actuar: todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de una arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona. Vid., también JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", p. 10, quien, a partir de la relación negativa constata que no existe diferencia entre la acción y la omisión en el ámbito penal, así, JAKOBS afirma que si excluyo a otros de la organización de mis derechos, y además no debo, por mi parte, perturbar las organizaciones de esos otros sujetos, he de estar obligado a organizar de tal modo que de mi ámbito no partan perturbaciones por mi actividad o *también sin que yo actúe*. Para JAKOBS, en mi ámbito de organización, sólo a mí mismo me puede incumbir la supresión de un *output* lesivo en mi propio ámbito; y esto significa que toda la diferenciación, de apariencia compleja, entre comisión y omisión, en el ámbito de los deberes negativos demuestra ser un detalle de técnica de administración: mi ámbito de organización no debe tener un *output* que lesione a otros, dicho a modo de ejemplo, JAKOBS plantea lo siguiente: No debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese *output*, sea por acelerar en un momento inadecuado (hacer), o por no frenar en el momento adecuado

Derecho romano se rubricó bajo el nombre de *neminem laede*, y que consiste sencillamente en no dañar a los demás. Como expone SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, a ella es, en realidad, a la que FEUERBACH[225] se estaba refiriendo cuando sostenía - como hemos visto en las primeras páginas de este trabajo[226] - que la obligación originaria del ciudadano era tan sólo la de abstenerse[227]. También BACIGALUPO ha definido el principio *neminem laedere*, como aquél principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás[228]. No obstante, en el actual Estado social y democrático de derecho, y de la manera en que está conformada la sociedad, no sólo existen, para las personas, deberes negativos y una responsabilidad genérica de no dañar a *alter*, sino que además existen deberes positivos que implican la necesidad de conductas colaboradoras para edificar un mundo en común, y cuya vulneración dará lugar a los delitos de infracción de deber, o en virtud de responsabilidad institucional.

(omitir), *es sencillamente indiferente*. Sobre este tema vid., en detalle, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 347 y ss.

[224] Sintéticamente, realiza una clara exposición, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido", en *CPC*, n. 78, 2002, pp. 590-591.

[225] Para una perspectiva sobre la "obligación originaria" en Feuerbach, vid., GÜNTHER, "De la vulneración de un Derecho a la infracción de un deber...", cit., pp. 489-493; FIANDACA, *Il reato comissivo mediante omissione*, cit., pp. 3 y ss., expone la distinción entre deberes negativos y deberes positivos.

[226] Vid., Capítulo I, apartado 1 (en especial subapartado 1.2.)

[227] Ampliamente sobre el contenido de la institución negativa *neminem laede*, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 83 y ss; Para una visión del *neminem laedere* como tutela jurídico-penal de un "mínimo ético" desde la perspectiva de Welzel, y como ejemplo de la relativa dependencia entre derecho y moral, vid. POLAINO NAVARRETE, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 124 y ss; vid. críticas de POLAINO a la función del Derecho penal como protección del mínimo ético como tal, en pp. 132 y ss.

[228] Vid., BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 406, tomando como base la distinción propuesta por Jakobs entre delitos de organización y delitos de infracción de deber.

2.3. Deberes positivos y delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional.

1. Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales[229], se trata de deberes de establecer un mundo en común - al menos parcialmente - con un beneficiario[230]; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que

---

[229] Sobre los delitos con infracción de un deber especial en virtud de competencia institucional, vid.: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7, 2/16, 7/70, 21/2, 21/115 y ss., 25/45 y ss., 28/15, 28/16, 29/57 y ss., 29/74 y ss, 29/106, 29/107; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 49 y ss; JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 11-12; JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 362 y ss; JAKOBS, *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, p. 46; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., pp. 12-13; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., pp. 42 y ss; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", pp. 285 y ss; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 142 y ss; PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, cit., pp. 49-50; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss., pp. 93 y ss., y pp. 115 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., pp. 11 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 54 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal", en *CPC*, 1999; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido", en *CPC*, n. 78, 2002, pp. 591 y ss; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 69 y ss., y pp. 107 y ss; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 408 y ss; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., pp. 86 y ss;

[230] Vid., JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., pp. 285-286; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., p. 142.

desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un *status* especial[231]: un médico, un juez, un funcionario, un testigo llamado ante una Comisión de investigación, etc. La decepción de la expectativa, la infracción de esos deberes positivos, da lugar a los denominados delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de la libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por una - en el caso del falso testimonio y la incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación - institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar la situación[232]. La institución negativa, igual que en el Derecho abstracto de Hegel, dispone lo que *no* debe ser hecho, pero no lo que en su lugar se debe hacer. Las instituciones positivas, en cambio disponen lo que debe ser hecho[233].

2. La división propuesta y en concreto la fundamentación dogmática de los delitos de infracción de deber tiene, como se ha advertido ya en este trabajo[234], su origen en la propia realidad social y en su correlativo traslado a la realidad normativa. Así, ROXIN, el fundador de la categoría dogmática de los

---

[231] Vid., JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 363; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., p. 13; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 150; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, p. 42; JAKOBS, "Acción y omisión en el Derecho penal", cit., p. 290; LESCH, *participación delictiva e imputación objetiva*, p. 107; PERDOMO TORRES, *la problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 87, infiere que el hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial (como servidor público, como testigo requerido por una Comisión de investigación...), lleva a que los deberes sean definidos, precisamente a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales.

[232] Vid., JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", Cancio Meliá (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 641.

[233] Vid., al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 115-116.

[234] Vid., el Capítulo I de la Primera Parte: "Estado liberal y tránsito al Estado social".

delitos de infracción de deber[235], afirma que el punto de partida normativo pone ante los ojos, con sorprendente claridad, la realidad social que sirve de base a todas las distinciones dogmáticas[236]. Para ROXIN, en los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente, y cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida (este es justamente el supuesto de las Comisiones de encuesta parlamentarias); al contrario, en los delitos de acción, el autor penetra desde fuera poniendo en peligro la paz en ámbitos que por imperativo del Derecho, debería haber dejado intactos[237]. El propio ROXIN reconoce que esta diferencia, materialmente fundamentada, tiene además consecuencias dogmáticas que no han sido reconocidas de un modo suficientemente claro.

La distinción entre los delitos de organización y los de infracción de deber se encuentra en la realidad; esa distinción normativa entre ellos es un material al que se accede mediante la observación y el análisis de la propia conformación de la sociedad, y de múltiples figuras delictivas de la Parte especial. La realidad normativa, el *sistema* y *el problema* son los elementos con los que debe trabajar la dogmática. Como señala GIMBERNAT, el fin de la dogmática jurídico-penal es el de aprehender conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y el de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable. Es más, precisamente el hecho de que la dogmática jurídica proceda sistemáticamente es lo que hace de ella una ciencia, pero a ello debe añadirse el pensar problemático, la tópica como una técnica del pensamiento problemático[238].

---

[235] Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 383 y ss., y pp. 700 y ss; ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., pp. 43-53.

[236] Cfr., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 44.

[237] Vid., ROXIN, *Ob. cit*., pp. 44-45.

[238] Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 102 y ss. En parecido sentido vid., MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 179 y ss. Para la importancia del pensamiento problemático vid., VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Diéz-Picazo Ponce de León (Trad.), Madrid, 1986, *passim*.

Resumiendo la posición de GIMBERNAT: la dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente, pero para el autor el punto crucial es por dónde se empieza[239]. Tomando como base conceptual los razonamientos de GIMBERNAT, puede emitirse la siguiente observación: La teoría del delito como lesión de un bien jurídico, no empieza por el problema, sino por el sistema. Antes de haber tomado contacto con la realidad jurídico-penal ha decidido ya que todo delito es la lesión objetiva de un bien jurídico, ha construido el principio de ofensividad y ha establecido un sistema axiomático deductivo; esto es, una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuáles, y mediante deducción va a establecer todo lo demás. Sin embargo este mecanismo se construye sin tener en cuenta la vigencia en la actualidad (y por "actualidad" entiendo un Estado *social* y democrático de derecho[240], con amplios sectores de tecnificación y con relaciones cada vez más complejas) de multitud de figuras delictivas caracterizadas por la infracción de deberes especiales y específicos, cuyo fundamento no reside tanto en la lesión de un bien, como en la no-contribución al mismo, y en el no cumplimiento del rol específico atribuido en el ámbito de la institución positiva. Estamos pues ante un problema (la inmensa distancia que separa determinadas construcciones dogmáticas y la realidad normativa vigente); y como razona GIMBERNAT, no hay ningún motivo para renunciar a llevar al sistema las consecuencias que resulten de la solución de un problema; sólo que el sistema debe permanecer siempre abierto e irse conformando según cuáles sean las soluciones que se van obteniendo de los distintos problemas[241]. La evolución dogmática de los delitos de infracción de deber, o en virtud de competencia institucional, no es sino reflejo de un esfuerzo por ir superando aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los

---

[239] Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, cit., p 106.

[240] Vid., ampliamente, el Capítulo I ("Estado liberal y tránsito al Estado social"), de la "Primera parte" de este trabajo, pp. 1 y ss.

[241] GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit., loc. cit.*

distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. Precisamente en esa dinámica debe enmarcarse este trabajo, como contribución a un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas[242].

3. En el caso de los deberes especiales[243] por responsabilidad institucional debe existir, entre el autor - la persona requerida para comparecer y declarar verazmente ante una Comisión de investigación - y el bien, una relación positiva, es decir, una dedicación no necesariamente[244] interesada. A causa de esta comunidad[245] le afectan al autor expectativas/deberes especiales de comportamiento (comparecencia y declaración veraz); esta expectativa/deber no se deriva de la existencia actual de bienes jurídicos, sino de la función que se le

---

[242] Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, cit., pp. 106-107. Quizás un autor que haya contribuido de modo considerable al replanteamiento dogmático de problemas jurídico-penales sea Günther Jakobs, y en este sentido, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, cit., p. 114, expresan que la relevancia del pensamiento de Jakobs queda patente en la valoración que hizo Roxin en relación con la primera edición (1983) de su *Tratado de Derecho penal*: "Se trata del más audaz y más consecuente esbozo de un sistema puramente teleológico existente hasta la fecha. Con ello Jakobs no sólo ha elaborado […] la evolución dogmática de los últimos 20 años. Su amplia obra sorprende al lector también con tal avalancha de reflexiones originales que en cierto modo anticipa ya los próximos 30 años" (Vid. ROXIN, *NJW*, 1984, p. 2270).

[243] Para un desarrollo de los deberes positivos vid., JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., pp. 142 y ss; aunque el autor ya avisa que ante la pregunta ¿Cuáles son los deberes positivos? Hay pocas cosas que sean más controvertidas que la respuesta a esta pregunta (p. 144); vid. también JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., pp. 285 y ss.

[244] En principio, no es lo común solicitar voluntaria e interesadamente el poder comparecer y declarar ante un Comisión de encuesta parlamentaria, pero incluso la existencia de un hipotético interés, no modifica la morfología de los deberes de comparecencia y veracidad.

[245] Pueden verse planteamientos similares, aunque circunscritos simplemente al ámbito del delito omisivo, en SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell' evento*, cit., p 22, quien considera que para que pueda hablarse de responsabilidad por omisión, es necesaria una específica relación jurídica intersubjetiva. Una relación, una "causa" jurídica que cree un vínculo jurídico interpersonal y que tenga carácter positivo (distinto del "originario" negativo).

prescribe al autor para que se adapte a la institución[246]. En los casos de los delitos de infracción de deber, con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien (en este caso una institución estatal o autonómica denominada Comisión de investigación, que a su vez forma parte de otra institución de carácter superior denominada Parlamento). La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente[247] por medio de un estatus - el estatus de testigo compareciente - del autor en relación con el bien[248]. El *status* de "compareciente-testigo-declarante", está insertado ya en el contexto de una institución regulada, preformada y organizada (un Parlamento y una Comisión de investigación de esa cámara parlamentaria), por ello, en estos delitos la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por su estatus y por el rol que deriva de dicho *status*, y no por medio de su ámbito de organización. Del estatus especial se derivan los deberes positivos de *comparecencia* y de *veracidad*. Ambos deberes resultan asegurados institucionalmente, y solo afectan al titular del estatus, al

---

[246] En este sentido vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/17 y 7/70.

[247] Vid., JAKOBS, *Ob. cit*., 29/106, quien afirma que en estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien. Vid., también JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, Sancinetti (Trad.), *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires 1998, p. 46, determinando que mientras en los delitos de organización está en juego el respeto por la organización ajena, y, en este sentido, una relación negativa (¡No dañes!, o mejor: ¡Cuida que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡Ayuda al otro!). Se puede faltar a esta comunidad tanto por acción como por omisión.

Hay que añadir que en las instituciones positivas no se trata tan sólo de "ayudar", "colaborar", "contribuir" al desarrollo y funcionamiento del bien, sino también, lógicamente, de "no dañarlo"; en la institución positiva siempre estará tácitamente incluida la institución negativa. Como ha expresado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber*, cit., pp. 118-119, la consecuencia necesaria de una institución positiva, desde un punto de vista lógico, es que de ella se ha de deducir la prohibición de todo comportamiento que impida el acto positivo, aunque no a la inversa. Con la imposición de un deber positivo se co-impone ineludiblemente la referida "prohibición".

[248] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/70. Las instituciones positivas prescriben: "Tienes que edificar un mundo en común con un determinado bien jurídico para su fomento y ayuda, estar a su disposición", es decir, en suma, en ellas sí hace falta que se organice algo, cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p 115.

portador del rol (al portador de los deberes). Como expone JAKOBS: Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas, o bien *integra a un obligado a una institución*[249] (el compareciente, el testigo ante una Comisión de investigación).

El autor responde de la existencia del bien (y no sólo de que la propia organización no afecte al bien menoscabándolo); el autor está obligado, en tanto que garante, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien[250]. Como ha señalado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: Si se está obligado a practicar un comportamiento solidario, o se es solidario, o no se es[251]. El garante no responde ni como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, ni por la lesión de un bien a él encomendado, sino porque él ha rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien; o dicho de otra forma, porque ha lesionado su deber institucional[252]. Las reglas de una institución sólo las puede vulnerar como autor quien está sujeto a ellas, es decir, quien está especialmente obligado[253]. El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran

---

[249] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, cit., 25/46, haciendo mención expresa a los testigos como personas obligadas, integradas en una institución positiva.

[250] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 21/116, y 29/106. Para JAKOBS, en estos casos la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, […] y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión: la distinción entre acción y omisión pierde pues su sentido; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., p. 143, manifiesta que carece de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones de un mundo en común. En el mismo sentido, vid. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70. Ampliamente sobre la irrelevancia de la distinción técnica entre un mandato o una prohibición, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 65 y ss., y pp. 107 y ss.

[251] Cfr SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., p 42.

[252] Vid., en desarrollo de la idea, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 69 y p. 109.

[253] Vid., sobre ello, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 25/47.

prohibiciones y mandatos en un mismo haz[254]. El deber institucional es un deber *altamente personal*[255]; se contrae por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, ser requerido en forma legal y bajo apercibimiento para comparecer ante una Comisión parlamentaria de investigación; éste vínculo sólo puede ser disuelto bajo condiciones especiales, y en cualquier caso no puede ser transferido, siendo la comparecencia y la prestación de testimonio actos/deberes personalísimos.

4. Las competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización, se trata pues de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad de una sociedad, las positivas que sean irrenunciables[256]. La responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas (como un testigo llamado ante una Comisión de encuesta parlamentaria) se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de cómo se haya organizado[257].

Las relaciones existentes en una sociedad no son todas reconducibles, ni pueden entenderse tan sólo desde la estructura conceptual de una institución negativa como el *neminem laedere*; las relaciones entre personas - afortunadamente - no se agotan en un simple "no-dañar al otro". Muy por el contrario, y como expone SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, hay otras

---

[254] Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 55.

[255] Cfr., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70.

[256] Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 53; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

[257] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES , *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., p. 55, apunta que todo lo referido al bien jurídico que protege la institución es, *per se*, de la incumbencia del obligado especial, y conduce a la autoría.

instituciones que no son negativas, sino precisamente positivas, y que también requieren ser atendidas por el Derecho penal[258]. En sociedad no sólo se garantiza que los distintos círculos de organización de las personas no interfieran entre sí de manera lesiva, sino que en ocasiones, y en palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, debe ser garantizado un "ayudarse" y proporcionarse "bienestar" (Pufendorf), pues nos hallamos ante un deber positivo[259]. Ya no se trata en estos casos del rol general de persona, sino del de persona en cumplimiento de un rol especial[260] y más específico, un rol configurado por una serie de especiales deberes positivos derivados de una institución que no es la de "no-dañar". El código jurídico opera con estos roles - y sus correspondientes expectativas - y en consonancia con ellos se lleva a cabo la transformación de los datos del mundo exterior.

La pregunta que uno se empieza a plantear es: ¿Qué son, y cuáles son las instituciones positivas? Y ante tal pregunta, aquí se va dar una respuesta tan sólo parcial. Y será parcial en la medida en que lo dicho sobre la responsabilidad institucional y los delitos de infracción de deber, ha sido desarrollado en este estudio, con el objeto exclusivo de buscar una explicación satisfactoria a la existencia de unos especiales deberes derivados de una *institución estatal*, como son el Parlamento y sus Comisiones de investigación.

5. En este orden de consideraciones, ROXIN[261], alude a que en los delitos de infracción de deber se trata de *sectores de la vida conformados ya jurídicamente* (en nuestro caso la relación entre un testigo-compareciente/y una Comisión de investigación; y la propia Comisión de investigación), *cuya*

---

[258] Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 95, en especial, pp. 93 y ss, sobre las instituciones positivas.

[259] Cfr SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., pp. 100-101.

[260] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., p. 101, alude a los roles de padre/madre, tutor, administrador, policía, juez, cargo público, etc.

[261] Vid., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., pp. 44-45.

capacidad de funcionamiento debe ser protegida. Posteriormente, JAKOBS[262], desarrolla la idea de que los estatus especiales están estrechamente vinculados a contextos regulados y preformados, que él denomina *instituciones*.

JAKOBS entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales: "La forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta"[263]. Las instituciones, son, según esta definición, estructuras relacionales, constitutivas y características de una determinada sociedad, no disponibles en su propia configuración para las personas.

Tomo como punto de partida tal concepto de institución, pero estimo más correcto definirlo, en coherencia con las argumentaciones aportadas en este trabajo, sobre los *roles* y los *status*, de la siguiente forma: Una *institución* es un complejo de integraciones (o relaciones de *status*, pues no hay roles sin los correspondientes *status* y viceversa) de rol institucionalizadas, que tiene significación estructural en el sistema social en cuestión. Hay que considerar que *la institución* es una unidad del sistema social, de orden más alto que el rol, y ciertamente se constituye por una pluralidad de pautas de rol independientes o componentes de ella[264]. Una institución, por otra parte es un complejo de elementos pautados como expectativas de rol que puede aplicarse a un número indefinido de colectividades[265]. Este complejo de integraciones, y de elementos pautados de *status* y de *roles* (atribuidos por medio de la imposición de especiales deberes), y de las correspondientes expectativas, puede ser, en determinadas ocasiones considerado como una institución positiva. Instituciones

---

[262] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/70, 28/15 y 29/57 y ss. Sobre el desarrollo llevado a cabo por JAKOBS, de la construcción dogmática de ROXIN de los delitos de infracción de deber, extensamente, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss.

[263] Cfr. JAKOBS, *Ob. cit*., 29/58, en nota 114.

[264] Vid. PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 57, quien alude como *instituciones* a la propiedad, el matrimonio y el parentesco, por ejemplo.

[265] PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 57.

positivas como realidades previas ya conformadas, en el interior de las cuáles los actores tienen *status* especiales, como juez, como policía, o como testigo llamado a comparecer ante una Comisión de investigación.

Se trataría según JAKOBS, de instituciones que poseen para la estabilidad social, la misma significación que la relación sinalagmática organización/responsabilidad por las consecuencias de esa organización, esto es, instituciones que impregnan la configuración social como una convivencia en un mundo en común, y para las cuáles - por regla general - no existe alternativa[266] y son irrenunciables[267]. Como razona SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[268] describiendo las aportaciones de JAKOBS: Estas instituciones tienen un contenido positivo, a saber, el mandato de edificar de forma general o parcialmente un mundo en común, lo que sobre todo significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, ayuda que no sólo compensa los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestar la ayuda, sino que colocan al receptor de la ayuda en mejor posición[269]. Como puede apreciarse, y esto hay que admitirlo, el concepto de institución en general, y el de institución positiva son elementos teóricos, que resultan ser altamente abstractos.

---

[266] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/58; y la explicación que sobre ello aporta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 40 y ss.

[267] Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 53; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

[268] Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., pp. 40-41.

[269] Cfr. JAKOBS, "Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten", en *Hogakn (The Journal of Law and Political Science*), vol. LVII, n. 3, 1993, pp. 295 y ss; tomo la cita de Sánchez -Vera, *Delito de infracción de deber...*, p. 41, quien a su vez utiliza el manuscrito de Jakobs, y de ahí cita la p. 3.

En un principio[270], JAKOBS enumera, de entre las posibles instituciones positivas: la relación paterno-filial[271] y sus sustitutos[272], el matrimonio[273], la confianza especial[274], así como los deberes genuinamente estatales[275]. Posteriormente suprime del elenco la institución del matrimonio[276].

Como se ha advertido con anterioridad, en este estudio, me limito a trasladar lo dicho sobre la responsabilidad en virtud de una relación institucional, a los deberes especiales derivados de instituciones estatales; todo lo afirmado en páginas anteriores viene circunscrito al ámbito de deberes especiales en relación con una institución estatal como lo es una Comisión de investigación (que a su vez puede ser subsumida en otra institución estatal/autonómica denominada Parlamento). Los deberes sancionados penalmente de "comparecencia" y de "veracidad" ante una Comisión de encuesta parlamentaria, *integran a un obligado en una institución positiva*[277]; al ser requerido para comparecer y prestar testimonio veraz, el comparendo adquiere un especial *status*, del que derivan especiales deberes y especiales expectativas atribuidas a su rol. La institución integra y delega en el ciudadano: Se produce una transferencia que

---

[270] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/58 y ss. Sobre las instituciones positivas, y siguiendo a Jakobs, vid., BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 408 y ss.

[271] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/59 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 56 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit*., p. 409.

[272] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/66.

[273] Vid., JAKOBS, *Ob. cit*., 29/63 y ss.

[274] Vid., JAKOBS, *Ob. cit.*, 29/67 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 56 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit*., p. 409.

[275] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/74 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 53 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit*., p. 410.

[276] Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, pp. 49 y ss; Vid., también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 41.

[277] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 25/46.

coloca al testigo requerido para comparecer y ser veraz, en una especial posición de garantía respecto de la protección y fomento del bien, de la institución positiva y de su correcto funcionamiento. El rol de testigo, que viene definido por un haz de deberes (y derechos), coloca al autor en posición de garante del correcto funcionamiento y por tanto de la existencia misma de la institución a la que se halla vinculado.

Queda delimitado su ámbito de competencia, y esa competencia, o mejor dicho, la infracción de los deberes especiales, es lo que fundamenta la responsabilidad. Los deberes de comparecencia y de veracidad le son adjudicados al autor como consecuencia del *status* que se le atribuye dentro de la institución "Comisión de investigación". En el rol y en el concepto de deber se configuran mandatos y prohibiciones: el mandato de comparecencia y la prohibición de la incomparecencia, el mandato de veracidad y la prohibición de la falta de veracidad, siendo irrelevante su distinción.

El Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente, entre las que se encuentran los principios básicos del Estado de Derecho. Las estructuras de las instituciones estatales elementales también necesitan ser garantizadas[278]; de lo contrario, el Estado no tendría estructura alguna, no pudiendo contribuir en nada a realizar el aseguramiento de expectativas[279]. Como se ha dicho, no todas las funciones estatales deben ser garantizadas, sino tan sólo aquellas que se presenten como irrenunciables[280].

[278] Aunque también hay quien piensa que los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de justicia penal (legislador, policía, ministerio fiscal, jueces, órganos de ejecución) no presentan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad. […] Y que en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos, cfr. BARATTA, "Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina penal*, p. 625.

[279] Cfr., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

[280] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76, quien estima que el hecho de que este marco sea impreciso proporciona ciertamente un motivo para recortar aún más lo

También BARATTA, se ha pronunciado sobre la posibilidad de que las instituciones sean objeto de tutela penal, pero únicamente en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función de la autorreproducción del sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas[281]. La pregunta que se plantea en este ámbito es la siguiente: ¿Es una Comisión de investigación Parlamentaria una función/institución estatal irrenunciable que debe ser garantizada desde el ámbito penal?

Para dar respuesta a semejante cuestión, cuestión de política criminal, y que debería ser trasladada a aquellas ciencias que se ocupan de las instituciones básicas del Estado, no voy a aportar elementos subjetivos, sino tan sólo dos elementos objetivos que pueden ser indicativos de la importancia de las Comisiones de encuesta parlamentarias. Aunque desde luego no determinan matemáticamente la necesidad de una tutela penal.

El primero es sencillo, éstas se contemplan en la Constitución española, en el artículo 76, y en el punto segundo de dicho artículo se establece expresamente: "Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones[282] que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación".

---

irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse *que* el Estado tenga una estructura, sino *cuál* es ésta en los supuestos límite. También ha observado SGUBBI, *Responsabilitá penal per omesso impedimento dell' evento*, cit., pp. 22-23, que si bien la regla general era la de "no injerencia sustancial" entre posiciones jurídicas, el sistema burgués reconoce determinados *valores*, que requieren una total e incondicionada adhesión por parte del consociado; valores que, aunque están ocultos bajo la figura del "derecho subjetivo del Estado hacia el individuo", acaban por incidir *sustancialmente* en la esfera privada del individuo; la tutela de dichos valores, prevista por ley, puede llegar a exigir de éstos incluso una intervención positiva. […] Se trataría pues, de una relación sustancialmente estrecha entre Estado y ciudadano: de una excepción al la regla de fondo. Para SGUBBI, éste fenómeno puede encontrar una justificación válida: que tales valores sean de tal dignidad que puedan considerarse como coesenciales para la existencia misma de la sociedad y el Estado (p. 23).

[281] Cfr. BARATTA, "Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", cit., p. 623, y en nota 1.

[282] Aunque esto no implica que el mandato expreso de sanción dirigido por la Constitución al legislador, deba entenderse como un mandato de sanción penal. Sobre los mandatos constitucionales de penalización, vid., PULITANÓ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", en *RIDPP*, 1983, pp. 495 y ss; BRICOLA, "Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela", en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo 2, Canestrari/Melchonda (Dirs.), Milano, 1997, pp. 1486 y ss; MORALES PRATS, "Funciones del Derecho penal y sociedad

Tenemos por tanto un primer referente objetivo incuestionable, que es su relevancia constitucional. Se trata, al menos en el caso del deber positivo de comparecencia, de un deber jurídico de rango constitucional; que aparece como un elemento pautado, como expectativa, y formando parte de una institución positiva "Comisión de investigación" que también ostenta rango constitucional.

El segundo es la existencia en el Derecho comparado[283] de nuestro entorno cercano[284], tanto de Comisiones de investigación como de previsión penal para la incomparecencia y el falso testimonio ante tales estructuras. Lo que implicaría que semejantes estructuras estatales son comunes y serían irrenunciables en las democracias modernas, o en la configuración de los principios de los Estados democráticos.

---

civil", en VVAA, *Il diritto penale alla svolta di fine millenio. Atti del Convenio in ricordo di F. Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Canestrari (Dir.), Torino, 1998, pp. 61-62; SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Elcano (Navarra), 2001, pp. 865 y ss.

[283] Sobre la utilización del Derecho comparado en Derecho penal, vid., el apartado 3, del Capítulo I, de la "Segunda parte" de este trabajo.

[284] Así, por ejemplo, el artículo 82 de la Constitución italiana, reconoce a las Comisiones de *inchiesta* los mismos poderes y las mismas limitaciones que a la autoridad judicial para realizar la investigación. Como en Italia las comisiones de encuesta se instituyen mediante una ley especial, es en las leyes que las constituyen el lugar en que se contemplan los poderes y las sanciones penales, así, por ejemplo, en la Legge 1º ottobre 1996, n. 509 "Istituzione di una Comissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altri associazioni criminali similari", en su artículo 1 se recuerda que tiene los mismos poderes que la autoridad judicial, y en su artículo 3 dedicado a las "Audizioni e testimonianze", dispone que serán de aplicación los artículos 366 y 372 del Código penal italiano, que regulan la desobediencia y el falso testimonio; en la misma línea pueden verse también los artículos 16, 17, 18, y 19 del Reglamento interno de dicha Comisión (Approvato dalla Comissione nelle sedute del 25 febraio e dell' 11 marzo 1997. Modificato nella seduta del 20 gennaio 1998). La documentación citada está disponible en internet en: http://www.camera.it/-bicamerali/antimafia/legge.htm y en : http://www.camera.it/-bicamerali/antimafia/regole.htm

En cuanto a la realidad normativa en Francia, es de aplicación la "Ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958. Ordonnance relative au fonctionnement des assembleées parlementaires", en su artículo 6, modificado por "Loi 2001-420, 15 mai, art. 17 , JORF 16 mai 2001", y por la "Ordonnance 2000-916, 19 septembre 2000, art. 3 JORF 22 septembre 2000, en vigueur le premier janvier 2002", y en el párrafo III de dicho artículo 6, dispone sanciones penales por incomparecencia, por negativa a declarar y por falso testimonio. La documentación citada está disponible en: http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPFAJ.htm y también en: http://www.assemblee-nat.fr/connaissance/ordonnance-fonctionnement.asp

Ante tal situación real y objetiva, se abren dos posibilidades que ya entran en la esfera de los juicios axiológicos o valorativos. La primera consiste en negar la irrenunciabilidad de dichas estructuras y por tanto negar la legitimidad del recurso a los deberes y sanciones jurídico-penales para regular su correcto funcionamiento. La segunda es la contraria, y se fundaría en los datos objetivos anteriormente aportados. El legislador penal[285] ha optado por la segunda, por considerar a las Comisión de investigación como instituciones positivas necesitadas de tutela penal en el ejercicio de sus funciones democráticas.

6. En los delitos de falso testimonio e incomparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias, estamos ante lo que podría denominarse "delitos de infracción de deber positivados"[286], y que frente la crítica de la abstracción, no resultarían problemáticos. Son los casos, como en el deber de veracidad y el deber de comparecencia, en que el legislador ha recogido de forma clara un delito de infracción de deber (por eso los denomina SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: delitos de infracción de deber "positivados"). Los deberes de veracidad y comparecencia derivan expresamente del texto de la ley. Y la lesión del deber fundamentará la autoría.

De nuevo insisto en que la validez de las afirmaciones realizadas en este trabajo las limito a los deberes derivados de instituciones positivas estatales y que además entren en la categoría de "delitos de infracción de deberes positivados", como es el caso del artículo 502 del Código penal. Por ello, en principio, no es el objeto de este estudio extender la validez de tales construcciones dogmáticas, a otros supuestos.

---

[285] Como expone TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 1436, el Código anterior había sido objeto de críticas por el hecho de proteger más los órganos ejecutivos que los de carácter legislativo, lo cuál respondía a una mentalidad autoritaria afortunadamente ya superada. Frente a ello, se han ampliado los ataques típicos contra el Parlamento y se han corregido los marcos penales en consonancia con un sistema constitucional de tipo parlamentario.

[286] Vid., sobre tal denominación, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES , *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 45, p. 49, y p. 183.

El concepto de instituciones positivas utilizado por JAKOBS, ha sido criticado, desde dos ángulos distintos[287]. Así SCHÜNEMANN, expresa que: "En tanto que JAKOBS se refiere, en el ámbito de las instituciones, a reglas jurídicas que no son jurídico-penales, sino sobre todo de Derecho civil, se expone a una crítica doble, tanto en el plano metodológico, como de contenido. El hecho de tener que recurrir a reglas de Derecho civil sobre los derechos y deberes de los padres o tutores, muestra claramente que Jakobs debe buscar la vía para rellenar sus fórmulas vacías en el positivismo legal, intentando recurrir a otros campos del derecho porque el Derecho penal no puede dar respuesta"[288].

Ante esta primera crítica, debo decir, que no alcanza al supuesto aquí estudiado, en el que los deberes de comparecencia y veracidad, incluso cuando pudieran ser derivados de normas *extrapenales*, como el propio texto constitucional, Leyes orgánicas sobre la comparecencia de personas ante las Comisiones de investigación (LO 5/1984, de 24 de mayo), Reglamentos de las Cámaras, Estatutos de Autonomía, Resoluciones de Presidencia, etc., están expresamente contemplados en el Código penal en el artículo 502, y por tanto no hay que recurrir para la demostración de su existencia a reglas de Derecho civil, u otras ramas del derecho. Se trata como hemos venido afirmando, de delitos de infracción de deber "positivados".

Si las críticas de SCHÜNEMANN no parecen fundadas en el caso de deberes especiales tipificados expresamente en el Código penal, entonces para explicar estos supuestos, debería ser lícito recurrir a los conceptos de "institución positiva", "infracción de deber", y de "responsabilidad o competencia institucional".

---

[287] La lesión de una institución positiva como fundamento de responsabilidad es un razonamiento que ha sido criticado por GALLAS, vid., en detalle, las críticas y las defensas en PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., pp. 90 y ss., tratando el tema de una supuesta moralización del Derecho penal. Aunque pienso que las críticas no alcanzan a afectar a los especiales deberes derivados de una vinculación a una institución estatal.

[288] Cfr. SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 650-651.

Ahora bien, si las críticas de SCHÜNEMANN se dirigieran al concepto de institución positiva en sí misma considerada, también pueden evitarse, pues no cabe duda de que un Parlamento y sus Comisiones de investigación son *instituciones estatales positivas*[289]. Y si por último la crítica de SCHÜNEMANN se refiriese a la utilización dogmática de una estructura formada por especiales deberes jurídico-penales en el ámbito de una institución (en nuestro caso estatal y positiva); cabe contestar lo siguiente: hemos aceptado que los deberes jurídicos y los deberes jurídico-penales[290] existen (¿Pues que otra cosa son el deber de veracidad y el deber de comparecencia contenidos en el artículo 502 del Código penal?), luego si existen o si se admite su existencia teórica, no sólo es válido, sino que resulta necesario utilizarlos como material dogmático e interpretativo. Y exactamente lo mismo cabe decir en cuanto a las instituciones positivas estatales. ¿O es que acaso se pretende negar la existencia de una institución estatal necesitada de colaboración para su funcionamiento, como lo es una Comisión de encuesta parlamentaria? Lo que se intuye como objeto de crítica es entonces, la utilización y *combinación* teórica para la interpretación dogmática de *ambos conceptos*, el de deber jurídico y el de institución positiva necesitada de ayuda. Para contestar a esta crítica, antes parece conveniente exponer un segundo bloque de objeciones recibidas por JAKOBS, y unir en una sola la contestación para ambas críticas.

---

[289] Como expone JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12, las prestaciones estatales de protección, como instituciones positivas no han podido ser, hasta el momento, sustituidas.

[290] Es incuestionable, por ser una realidad jurídica sin marcas, no sometida a juicios de verdad o falsedad, la existencia normativa de *deberes* cuya infracción implica una sanción específicamente penal, sólo hay que observar el *nomen iuris* del Título IX del Código penal "De la omisión del *deber* de socorro", o el de la sección 1ª ("Del quebrantamiento de los *deberes* de custodia...") del Capítulo III ("De los delitos contra los derechos y los *deberes* familiares) del Título XII.; o el del Capítulo II ("...de la omisión del *deber* de perseguir delitos...") del Título XIX; o del Capítulo II ("De la omisión de los *deberes* de impedir delitos...") del Título. XX. Desde esta realidad del derecho positivo penal vigente no puede negarse de *lege lata*, la existencia de delitos consistentes en la infracción de deber. Ampliamente vid., el punto 2 del Cap. I de la "Primera parte" de este trabajo, pp. 7 y ss., y en especial la nota 84**.**

Para MUÑOZ CONDE, la categoría de los "delitos consistentes en la infracción de un deber" puesta de relieve por ROXIN, encierra determinados peligros: "Ciertamente se trata de un procedimiento técnico legislativo del que el intérprete puede extraer determinadas consecuencias dogmáticas, al modo que lo hace Roxin; pero un tal procedimiento encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*. Pues si estos deberes sociales, que sirven de base a este grupo de delitos, no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez o intérprete a su libre arbitrio"[291].

Ante todo, de las palabras de MUÑOZ CONDE, se desprende un dato que puede volverse contra su propia argumentación, y es que el autor admite textualmente que "se trata de un procedimiento técnico legislativo", luego está admitiendo que tal tipo de delitos no son una invención ni una creación dogmática, sino que su estructura se observa *en* la realidad normativa, esto es, MUÑOZ CONDE, reconoce que mediante determinada técnica, es el legislador el que ha creado, utilizando unas estructuras características, los delitos de infracción de deber. De ello se deduce, lógicamente que no se niega su existencia (pues ¿Cómo negar la realidad?). Luego MUÑOZ CONDE, al observar la realidad normativa jurídico-penal vigente, ha concluido que tales delitos existen, y son reveladores de una especial técnica legislativa. Tenemos con ello una primera e importante conclusión: Según MUÑOZ CONDE, los delitos de infracción de deber existen. Y eso es precisamente lo que se pretendía en este estudio, demostrar que existen unos tipos penales con una características determinadas y que se basan en especiales deberes de los autores. El propio MUÑOZ CONDE, pues, se ve empujado a asumir una realidad jurídico-penal: la existencia (ya que han sido creados por el legislador) de figuras delictivas consistentes fundamentalmente en la infracción de un deber positivo.

---

[291] Cfr. MUÑOZ CONDE, "Introducción" al libro de ROXIN *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 11; la misma apreciación la realiza el autor en *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 25.

En segundo lugar, a MUÑOZ CONDE le preocupa que los deberes sociales no estén descritos legalmente, y ése no es el supuesto del artículo 502 en que se contempla un deber de comparecencia y un deber de veracidad. Luego, parece deducirse, que si los deberes están contenidos en un tipo penal, no habría problema para considerar esa construcción legislativa como un delito de infracción de deber. Pero la crítica fundamental que se dirige a los delitos de infracción de deber es su abstracción[292]. De tales críticas se ha defendido ya SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, afirmando que esas opiniones parten de una concepción de la dogmática jurídico-penal que cree, al menos atendiendo al reproche efectuado, que el Derecho penal debe operar siempre con exactitud matemática, y que hay que renunciar a conceptos sistemáticos con un cierto nivel de abstracción[293]. A ello añade SÁNCHEZ-VERA, que en todo caso, la concepción que cree en la exactitud, no es, ni mucho menos, consecuente consigo misma, pues si las instituciones positivas son censurables por su grado de abstracción e imprecisión, lo mismo habría que decir de la institución negativa, aunque de ella no se prediquen habitualmente tales "defectos"[294]. De las instituciones positivas puede discutirse acerca de los límites, utilizando desde las distintas perspectivas argumentos plausibles, como en general, no debe esperarse una exactitud matemática en la descripción de la configuración social[295]. De

---

[292] Se hace eco de dichas críticas, y enumera una relación de autores, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 102 en nota 60.

[293] Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., p. 102, exponiendo que su concepción comparte con la sociedad, en sus casos límite - conscientemente - contornos difusos, porque entiende que no puede ser de otra manera. Muy próximo JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12, observando que quien no soporte las tensiones que genera lo ambivalente, debería ocuparse, por ejemplo, del Derecho de la circulación - en el que casi sólo hay límites estrictos - y no meterse en la teoría del Derecho penal.

[294] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 102.

[295] Vid., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12.

hecho, coincido con SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[296], cuando afirma, con razón, que lo que hay que censurar no es el "alto grado de abstracción" de las instituciones positivas, sino, simplemente, la desatención con que éstas han sido tratadas por la doctrina científica hasta ahora.

En realidad nos encontramos situados en el medio de una discusión sobre criterios de interpretación jurídica, en la que se viene a cuestionar la validez de determinadas construcciones dogmáticas por su excesiva abstracción, y se viene a preferir, por lo que deduzco, el texto de la ley. Ante estas críticas puede razonarse que, la base para la interpretación es el texto jurídico que debe ser interpretado, hasta ahí en principio no hay discrepancias. Pero sin embargo, el texto no puede ser tan sólo algo corpóreo, hecho de palabras y signos colocados sobre el papel, con los cuales, aquél que juzga debe, ante la ausencia de toda relación con el mismo, establecer una relación[297]. El intérprete, antes de iniciar el recorrido de la interpretación que lo conduzca a su objetivo, debe haber entendido ya el sentido del texto jurídico que debe interpretar, aunque sea de un modo fragmentario; de lo contrario, afirma HRUSCHKA, no tendría posibilidad alguna de empezar siquiera con la interpretación. El simple reenvío a "la ley " como punto de partida utilizado por descontado para realizar cualquier interpretación, no es pues suficiente[298]. Y de nuevo aquí aparece la validez de determinadas construcciones dogmáticas, como los delitos de infracción de deber, que faciliten la comprensión de los textos, para posteriormente poder proceder a su interpretación.

7. La tarea del jurista es la de comprender los textos jurídicos, los textos legislativos. Dicha comprensión es condición necesaria para la eficacia práctica

---

[296] Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit*., p 103, vid., ampliamente, pp. 103 y ss.

[297] Vid., sobre ello, HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, De Giorgi (Trad.), Camerino, 1983, p. 87.

[298] Vid., HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 87, exponiendo que el punto de partida de toda labor interpretativa es, más bien, una ley "ya entendida".

de esos textos. De hecho, sólo en cuanto que son comprendidos son "aplicables"[299]. Si no se obtiene el sentido de un texto mediante la comprensión, entonces será tan sólo un compendio de letras muertas sobre el papel[300]. Por ello las construcciones dogmáticas tienen por objeto facilitar la comprensión de los textos jurídicos, no impedirla. Y por tanto las categorías como "delitos de infracción de deber", "deberes especiales derivados de especiales *status/roles*", o "instituciones positivas", pretenden cumplir con la tarea de adecuar las estructuras dogmáticas a la realidad. Evidentemente, puede que no lo consigan o que lleguen a conclusiones contradictorias, se puede negar tanto su existencia como su validez dogmática; ese, y no otro es el mecanismo mediante el cual progresa la dogmática jurídico-penal. Proponiendo nuevas soluciones y rechazando las creaciones no plausibles[301] o no racionales para la interpretación de los textos jurídicos. Las construcciones teóricas de los *status* y los roles especiales, de las instituciones positivas, y de los delitos de infracción de deberes positivos, contribuyen a la aproximación interpretativa de los enunciados legales; ese es su verdadero valor, pues no se puede interpretar el texto de una ley penal si antes no se cuenta con determinados conocimientos. Probablemente ROXIN se está refiriendo a una idea parecida cuando afirma que:

> "[…] la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente teleológica, relativa en concreto a la interpretación de los tipos individuales. Precisamente aquí se vuelve a poner de manifiesto el efecto recíproco entre establecimiento de objetivos y elementos estructurales previos […]. Los conceptos de "dominio" y "deber", que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones […]"[302]

---

[299] Cfr., HRUSCHKA, *Ob. cit*., p. 3, quien advierte que, sólo si son comprendidos pueden hacer posible los juicios jurídicos sobre casos concretos, y sólo si son comprendidos pueden orientar el comportamiento de las personas.

[300] Cfr., HRUSCHKA, *Ob. cit., loc. cit.*

[301] Vid., sobre el control racional de los enunciados de la dogmática, ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 162 y ss., y pp. 174 y ss; y sobre la evolución de la dogmática basada en criterios de "falsación", vid., p. 165.

[302] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 419.

En una aproximación a la realidad social y a la realidad de los textos legales jurídico-penales vigentes, la posición aquí defendida llega a la siguiente conclusión: Existen dos meta-estructuras conceptuales mediante las cuales puede separarse la responsabilidad penal, o la manera de estar relacionado con el bien jurídico, en dos grandes bloques. Dichas meta-estructuras no es que estén en la "naturaleza de las cosas", sino que se infieren, mediante observación, de la realidad social actual y de la realidad normativa penal vigente[303].

En primer lugar, a las personas se les puede imputar un determinado tipo de delitos, por haber modificado el mundo (desde su propio ámbito de organización) de forma inadecuada, esto es causando un daño en otro círculo organizativo; ejemplos de tales tipos delictivos son, entre otros muchos: El delito de homicidio, el de lesiones, el delito de daños, etc. En tales situaciones un resultado material externo, empírico, y verificable suele darse. Dañar es un concepto teórico, pero que tiene fácil traducción en un plano material mediante la causación externa de un perjuicio a un bien. En el ámbito de los deberes negativos, lo producido es siempre una modificación en el ámbito de organización de *alter*[304], es decir, una arrogación de organización. La relación con el bien es negativa.

---

[303] En esta línea, y exponiendo su teoría sobre los delitos de infracción de deber, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 429, afirma lo siguiente: […] al separar dominio y deber no se inserta en la ley una distinción doctrinaria, derivada de un supraconcepto cualquiera, sino que, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural situada en los tipos concretos, se la elabora depurando las consecuencias divergentes y se la resuelve sistemáticamente mediante subsunción bajo un supraconcepto común. Esto corresponde a la idea general de que el sistema no se le puede imponer desde fuera a la materia de regulación, sino que simplemente tiene la función de ordenar razonablemente los fenómenos concretos dados y hacer destacar las grandes relaciones estructurales subyacentes.

[304] JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 11, pone el siguiente ejemplo: que alguien azuce a su perro contra alguien, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ya ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, es todo lo mismo, todo resulta equivalente, se trata de la usurpación de la organización de un cuerpo ajeno. El mismo ejemplo puede verse en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 277, explicando la intrascendencia de la distinción entre acción

En segundo lugar, a las personas se les puede imputar (porque así lo ha decidido el legislador) un determinado tipo de delitos por no haber modificado el mundo de manera adecuada, por no contribuir a la realización o al mantenimiento de un bien o institución, por haber infringido un deber positivo. Por ejemplo, no realizar unas determinadas conductas, siendo ellas mismas, en sí, valiosas, como comparecer o aportar datos veraces a una Comisión parlamentaria de investigación. En tales casos, lo que exige el ordenamiento es una determinada conducta que contribuye al mantenimiento o a la existencia de un determinado bien o institución, o en palabras de HEGEL, "la prestación que tiene que realizar [el obligado especial] es, tal como se presenta inmediatamente, un valor en y por sí"[305]. Ejemplos de estos delitos son, entre otros: el delito de omisión del deber de socorro, los delitos contra los deberes familiares, el delito de omisión del deber de impedir delitos, la falta del artículo 619 de omisión de asistencia a mayores o discapacitados, la denegación de asistencia sanitaria del artículo 196, la denegación de auxilio del artículo 412, el delito de omisión del deber de perseguir delitos, o la incomparecencia y el falso testimonio ante Comisiones de investigación parlamentarias. En estos supuestos se pretende garantizar jurídicamente la expectativa de ayuda positiva, y aparece con vigor un concepto de deber y de expectativa, un especial deber de garantía del bien jurídico, derivado de un determinado *status especial*, del cual, a su vez, derivan especiales expectativas, que integran y vinculan al obligado en la institución. No se castiga por haber causado un daño, sino fundamentalmente, por no haber colaborado, por no haber aportado la conducta positiva y benefactora exigida y esperada, por no

---

y omisión, que no son sino las formas externas de la misma defraudación que es asunto de la persona que debe organizarse. El ejemplo es el que sigue: Al propietario de un perro le está *prohibido* no sólo azuzarlo contra terceros, sino que además debe atarlo cuando el perro - por sí sólo - amenaza con morder a los transeúntes. *En ambas ocasiones se trata de no quebrantar la prohibición de dañar y de respetar la "obligación originaria" de toda persona*. Cómo la persona concreta logre cumplir con el deber de respeto a las otras personas es irrelevante.[…] Únicamente importa el *output* del sistema, la manifestación exterior, el daño o no.

[305] Cfr., HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, cit., § 294 (Observación).

haber contribuido solidariamente a la realización de la institución. Ello implicará, la utilización de un esquema de interpretación determinado normativamente. La relación con el bien, con la institución, es en este caso positiva.

Existe una evidente fractura conceptual entre ambos criterios, y ello demuestra que el Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma *negativa*, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones *positivas* y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber[306]. Los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio), y como afirma JAKOBS[307]: para la determinación de la infracción del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal.

[306] Vid., sobre ello, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 101.

[307] Cfr., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", p. 20.

3. Las Comisiones de investigación de las cortes generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas

Tanto el artículo 502.1[308] (delito de incomparecencia), como el artículo 502.3[309] (delito de falso testimonio) del Código penal contienen una referencia expresa a las Comisiones de investigación, como ámbito jurídico en el interior del cuál deberán producirse las conductas delictivas previstas. Las Comisiones de investigación se contemplan, en el Código penal como "Instituciones[310] del Estado", así la Sección 1ª del Capítulo III, del Título XXI del Código penal, se denomina "Delitos contra las Instituciones del Estado", y en esta Sección, está enmarcado el artículo 502.

Por ello nos encontramos ante lo que en este trabajo, y siguiendo a JAKOBS, denominaremos una *Institución positiva estatal*, y desde esta base serán analizados los tipos penales en cuestión.

3.1. El marco jurídico de las Comisiones de investigación en España.

Las Comisiones de investigación ejercen una labor de inspección y de control; para llevar a cabo estas funciones cuentan con unos poderes extraordinarios,

---

[308] Artículo 502. 1 Código penal: "Los que […] dejaren de comparecer ante una *Comisión de investigación de las Cortes generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma* […]."

[309] Artículo 502. 1 Código penal: "El que convocado ante una *Comisión parlamentaria de investigación* […].
"

[310] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, pp. 692-694, califica los delitos contenidos en el artículo 502 del Código penal como "delitos contra la institución legislativa, como tal", por oposición a aquellos delitos contra los miembros de la propia institución

y con un régimen jurídico específico[311]. El derecho vigente aplicable a las Comisiones de investigación se halla, en primer lugar, en el artículo 76 de la Constitución[312]. Este precepto constitucional recoge la potestad tradicional de los parlamentos para requerir comparecencias, las llamadas "hearings" del derecho anglosajón, bajo la expresión "power to send for persons papers and records", como medios para adquirir conocimientos que faciliten la inspección parlamentaria que corresponde al Parlamento[313]. El desarrollo del artículo 76 de la Constitución se ha realizado principalmente por los Reglamentos del Congreso y Senado, de forma que el régimen jurídico básico de las investigaciones parlamentarias deriva hoy de lo dispuesto en los artículos 50 a 53, 63 y 64 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, y en los artículos 59, 60, 67 y 190 del Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982 (hoy texto refundido de 1994)[314]. A estas previsiones reglamentarias hay que añadir la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de

---

[311] Vid., en cuanto a la regulación jurídica de las Comisiones de investigación, entre otros muchos: MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 42 y ss; SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y Comisiones de investigación),*pp. 56-57; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", pp. 154 y ss; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, pp. 171 y ss, y páginas 267 y ss; NAVAS CASTILLO, *Las Comisiones parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*, Jaén, 2000, pp. 63 y ss; ASTARLOA HUARTE MENDICOA/CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", pp. 601 y ss; "DICTAMEN *a requerimiento de la* Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias", en *Revista de las Cortes Generales*, 1988, pp. 177 y ss.

[312] Artículo 76 de La Constitución: 1. "El Congreso y el Senado, y en su caso ambas Cámaras conjuntamente podrán nombrar Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los tribunales ni afectarán a resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación."

[313] Vid., por ejemplo, MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, p. 426.

[314] Ampliamente, vid., ASTARLOA/CAVERO, "Artículo 76, Comisiones de investigación", pp. 601-607.

mayo, que regula específicamente la comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de encuesta, pero cuyo ámbito de aplicación queda limitado exclusivamente a las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras; esto implica que no es de aplicación el régimen jurídico de comparecencias previsto en esta L.O. 5/1984, a las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas. Finalmente, el deber constitucional de comparecencia ante las Comisiones de investigación, así como el deber de veracidad en las declaraciones vienen a contemplarse en el artículo 502 del Código penal, que sanciona tanto la incomparecencia como el falso testimonio ante las Comisiones de investigación, ya sean éstas estatales o autonómicas.

Un primer obstáculo interpretativo viene dado por la distinta regulación legal aplicable a las Comisiones de investigación, según sean éstas creadas por las Cortes generales, o por la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma. En primer lugar, a las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado, o de ambas Cámaras, les son aplicables, el artículo 76 de la Constitución, los citados artículos de los Reglamentos del Congreso y del Senado, la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, y el artículo 502 del Código penal.

Frente a ello, las Comisiones de investigación autonómicas, tan sólo comparten, en cuanto a regulación aplicable, con las Comisiones estatales, el artículo 502 del Código penal. Las Comisiones de investigación "autonómicas" no están previstas ni reguladas en la Constitución[315], ni poseen una Ley Orgánica que regule específicamente el régimen de comparecencia de los ciudadanos ante ellas.

[315] MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, Madrid, 2001, pp. 205-206, expone que en la doctrina comparada, algún autor ha considerado imposible reconocer un poder de investigación en el ámbito regional, dado la falta en los textos constitucionales de una previsión análoga como existe para los Parlamentos del Estado. Para MASSÓ GARROTE, el fundamento de su actuación reside en el reconocimiento de un poder implícito, que no expreso, en la actuación de dichos órganos; así, el poder de investigación de las Comunidades Autónomas debe reconocerse como un poder implícito de tales entes, con independencia de su reconocimiento constitucional o estatutario.

En el ámbito autonómico, no todos los Estatutos de autonomía se refieren a estos órganos parlamentarios. Así, sólo los Estatutos de autonomía del Principado de Asturias (artículo 29), Cantabria (artículo 12), Murcia (artículo 28), Valencia (artículo 11), Aragón (artículo 14), Castilla-La Mancha (artículo 11) e Islas Baleares (artículo 24) contemplan, explícitamente, a las denominadas Comisiones de investigación[316]. Es evidente, como afirma la doctrina, que hubiese sido aconsejable su regulación Estatutaria (en todos los Estatutos de Autonomía), de forma paralela al reconocimiento constitucional operado respecto de las Cortes Generales[317]. La regulación vigente de las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se encuentra en determinados preceptos de los distintos Reglamentos de los respectivos Parlamentos Autónomos[318]. Es decir, si la mayor parte de los Estatutos de Autonomía no contemplan el instituto parlamentario específico de las Comisiones de investigación, en cambio, todos los Reglamentos de las Asambleas Legislativas Autonómicas contienen uno o varios preceptos que regulan expresamente este tipo de Comisiones parlamentarias[319].

---

[316] Vid., por ejemplo, NAVAS CASTILLO, *Las Comisiones parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*, pp. 64 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, 1995, p. 119.

[317] Vid., por todos, ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", p. 119.

[318] Una enumeración exhaustiva y detallada de los preceptos (relativos a las Comisiones de investigación) de los reglamentos de los Parlamentos de todas las Comunidades Autónomas puede consultarse en: MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, pp. 527 y ss; vid., también, ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", pp. 119-120, en nota 10.

[319] Al respecto, vid., GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 287 y ss.

Ante tal situación, y para proceder a la exégesis de los tipos penales "autonómicos" de incomparecencia e inveracidad, previstos en el artículo 502 del Código penal, nos hallamos frente a una regulación normativa a veces estatutaria, a veces reglamentaria, inconexa, no equiparable de igual manera a todas las Comunidades Autónomas, y en todo caso, ciertamente insuficiente, cuando no, inexistente. El mayor escollo interpretativo viene dado por la total ausencia, en el ámbito autonómico, de una Ley que regule específicamente el procedimiento de comparecencia de los ciudadanos ante tales Comisiones; extremo éste que sí ha sido desarrollado para las Comisiones de encuesta del Congreso y del Senado, por la L.O. 5/1984, de 24 de mayo.

3.2. Algunas características de las Comisiones de investigación como órganos políticos de inspección, control e información.

1. Las Comisiones de encuesta son instrumentos de control y de información parlamentarios[320], y sirven tanto para aportar datos al Parlamento, como para que éste supervise la actividad del ejecutivo. Como ha expresado TORRES MURO, nos hallamos ante realidades netamente políticas, marcadas por este dato, y de las que no cabe esperar resultados que en el sistema jurídico español hay que obtener mediante otros procedimientos. […] Hay que recordar que estas comisiones no son

[320] Sobre la naturaleza de las Comisiones de investigación, vid., entre otros muchos: ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 64 y ss; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, "Las Comisiones de investigación: ¿Actos de control o instrumentos de información parlamentaria?, en *VI Jornadas de Derecho parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, 1997, pp. 805 y ss; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, pp 37 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000, pp. 16 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, pp. 384; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 61 y ss;

tribunales[321]. La investigación o encuesta parlamentaria se ha conceptuado como un instrumento de control político, y es habitual situar a las Comisiones de investigación parlamentarias entre los medios de control parlamentarios de los que el poder legislativo dispone para llevar a cabo la función de control del Gobierno[322]. Por otra parte, la investigación parlamentaria se ha concebido como un instrumento de información de las Cámaras, sobre todo en la doctrina italiana.

Resumiendo: La naturaleza jurídica de las Comisiones parlamentarias de investigación ha ocasionado discrepancias en la doctrina; hay quien la encuadra entre las modalidades de *control* parlamentario del Gobierno; mientras que otro sector doctrinal entiende más acertada su consideración como un medio de *información* del Parlamento[323]. En todo caso, y en cuanto a los delitos de incomparecencia e inveracidad, parecería más bien, que el legislador penal ha pretendido con la tipificación de estas figuras, tutelar de forma inmediata la función propiamente "investigadora", "informadora", de "recopilación de datos, información y testimonios", y no tanto la función de control al Gobierno. Se tutelaría más bien una técnica de obtención de datos, el correcto desarrollo de una función.

---

[321] Cfr., TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 18. En Italia, la Corte Constitucional, en la Sentencia nº 231, de 22 de octubre de 1975, ha resaltado con claridad que las comisiones de encuesta no son equiparables a los órganos judiciales, sino que, sin lugar a dudas, son órganos de inspección movidos por motivaciones políticas y con finalidades políticas, cfr., DE VERGOTTINI, "Las encuestas parlamentarias en la Constitución italiana", Lucas Murillo de la Cueva (Trad.), en *Revista de Política Comparada*. nº. 10/11, 1984, p. 229.

[322] Vid., RECODER DE CASSO, RECODER DE CASSO, "Artículo 76". en *Comentarios a la Constitución,* (Dir.) GARRIDO FALLA, Madrid, 1985, p. 811.

[323] Vid., la enumeración de los autores que defienden una y otra postura, que recoge NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria...*, pp. 16-17, en notas 6 y 7.

2. La creación[324] de las Comisiones de investigación, así como los sujetos legitimados para solicitarla, se contempla de la siguiente forma:

Para la creación de este tipo de Comisiones, es aplicable, en el Congreso de los Diputados, el artículo 52.1 RCD, en el que se determinan los sujetos legitimados para solicitar dicha creación:

"El pleno del Congreso, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de investigación sobre cualquier asunto de interés público".

Junto a la discrecionalidad de la aceptación de la propuesta, no parece que este artículo sea favorable al uso del mecanismo investigador por parte de las minorías[325].

En el Senado, el artículo 59.1 de su reglamento, establece unos requisitos de menor exigencia[326], y dispone que:

"El Senado, a propuesta del Gobierno o de veinticinco senadores que no pertenezcan al mismo Grupo Parlamentario, podrá establecer Comisiones de investigación o Especiales para realizar encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público. Su constitución se ajustará a lo dispuesto en el artículo 52".

---

[324] Ampliamente, sobre la "creación" de las Comisiones de investigación, vid.: ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp.103 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 162 y ss; NAVAS CASTILLO, *Ob. cit*., pp. 70 y ss; TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 29 y ss; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 47 y ss; SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, pp. 249 y ss; LUCAS MURILLO DELA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", pp. 154 y ss.

[325] Lo pone de relieve, MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 47.

[326] Como han observado, GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pág. 162, en nota 125; y ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pág. 103.

En cuanto a la forma y requisitos para su creación, suelen ser mociones o resoluciones de cada Cámara los medios empleados a tal efecto. Pero no hay nada que se oponga a que su creación se efectúe por ley[327].

Los Reglamentos parlamentarios autonómicos, con alguna excepción[328], prevén, para la creación de las Comisiones de investigación, un procedimiento similar al seguido en el Congreso y en el Senado[329].

Las Comisiones de encuesta son órganos no permanentes, que tienen tras su creación, una duración limitada[330]. Al ser órganos eventuales, su duración es limitada, y está vinculada a la ejecución de la propia encuesta, concluida la cual se extinguen y, en todo caso, siempre al finalizar la Legislatura[331] bajo la que se

---

[327] Vid., al respecto, SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, pp. 249 y ss; y sobre el instrumento formal de iniciación de la investigación parlamentaria, vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., pp. 110 y ss., quien estima que, recurrir a la ley para la creación de una Comisión de investigación, lejos de ser un procedimiento inútil, reportaría ciertas ventajas, como por ejemplo: el poder incorporar a la ley de creación, una disposición en la que se estableciera la vigencia temporal de la Comisión, pudiendo someterla a un plazo cierto y determinado de tiempo, o a la culminación de la legislatura (p. 111).

[328] El artículo 75 del nuevo Reglamento de la Asamblea de Madrid (de 30 de enero de 1997) dispone que: "1. La Mesa, a propuesta de dos quintas partes de los miembros de la Asamblea, acordará la creación de una Comisión de investigación...". La novedad de esta norma, es que deja en manos de la oposición la posibilidad de que se formen comisiones de este tipo, aunque como afirma TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 30, se trata, eso sí, de una parte muy significativa de la misma, exigiéndose un número de parlamentarios bastante elevado.

[329] Un análisis de las particularidades de la creación de las Comisiones de investigación, en las Comunidades Autónomas, puede verse en: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 289 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria...*, pp. 82 y ss; TORRES MURO, *Las Comisiones de investigación*, pp. 29 y ss.

[330] Vid., la legislación de referencia en, ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Comisiones de investigación y de encuesta*, p. 397, en nota 65.

[331] Como señala MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 49, todas las Comisiones, permanentes o no, de una u otra Cámara, tienen el mismo límite de duración, como máximo una Legislatura. Observa, sin embargo, ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Ob. cit*., p. 398 y nota 68, que no es en absoluto extraña la demora de los trabajos de

constituyeron[332]. Como las Comisiones parlamentarias de investigación no son órganos que se encuentren permanentemente en la estructura de las Cámaras, presupuesto necesario para que puedan darse las conductas delictivas previstas en el artículo 502 del Código penal, es la previa creación de las mismas.

3. En lo referente a la composición y número[333] de parlamentarios en las Comisiones de investigación, en principio, ni el artículo 76 de la Constitución, ni los propios Reglamentos de las Cámaras contemplan norma alguna que sirva de aplicación específica para determinar la composición de las Comisiones de investigación[334]. Por eso, habrá que aplicar al respecto los criterios generales, y en especial el criterio de la proporcionalidad. La primera regla es la de la proporcionalidad[335]. En opinión de GARCÍA MAHAMUT[336], la solución a este vacío reglamentario debe ajustarse, en cualquier caso, a lo dispuesto en el artículo

---

las Comisiones de encuesta, agotándose la Legislatura sin que se haya elaborado el pertinente dictamen.

[332] No así en Italia, donde un dato caracterísico ha sido la tendencia a una considerable prolongación de la actividad de las Comisiones, que terminan afectando a varias Legislaturas mediante el recurso a su prórroga. Existen ejemplos de encuestas que han durado ocho años (Encuesta sobre las condiciones de los trabajadores, acordad en 1951), cuatro años (Encuesta sobre los límites a la competencia en el campo económico, acordad en 1961) y trece años (Encuesta sobre la mafia en Sicilia, acordad en 1962), cfr., DE VERGOTTINI, "las encuestas parlamentarias en la Constitución italiana", p. 226.

[333] Ampliamente vid., GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, pp. 170 y ss.

[334] Vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 112 y ss.

[335] Vid., GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 169 y ss; LUCAS MURILLO DELA CUEVA, "Las Comisiones de investigación de las Cortes", pp. 157 -158; TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 45 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, pp. 400-401.

[336] Cfr., GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 169.

40. 1 del RCD[337]. Este precepto establece el principio general de que las Comisiones parlamentarias estarán compuestas por los miembros designados por los Grupos parlamentarios, en proporción[338] a la importancia numérica de sus efectivos en las Cámaras.

4. El objeto de las Comisiones de investigación, el ámbito material de actuación, es un elemento que ha suscitado un amplio debate doctrinal[339]. En todo caso, y como hasta aquí hemos venido haciendo, simplemente se aportará una brevísima alusión al tema. El artículo 76.1 de la Constitución, concretando la competencia material de las Comisiones de investigación, alude a: "cualquier asunto de interés público". Esta cláusula constitucional ha sido criticada[340] por gozar de un notable grado de ambigüedad, planteando problemas interpretativos de capital importancia. El Tribunal Constitucional[341] se ha pronunciado sobre el concepto de "interés público", aunque no en asuntos relativos al ámbito parlamentario.

---

[337] Artículo 40.1 RCD: "1. Las Comisiones, salvo precepto en contrario, estarán formadas por los miembros que designen los Grupos parlamentarios en el número que, respecto de cada uno, indique la Mesa del Congreso, oída la Junta de Portavoces, y en proporción a la importancia numérica de aquéllos en las Cámaras"

[338] El criterio de proporcionalidad conduce a unas Comisiones de encuesta de composición numerosa, e integrada por criterios políticos más que técnicos. Expone MARTÍNEZ ELIPE, *Ob. cit*., p. 401, que los inconvenientes derivados de la "superdimensionalidad" de las Comisiones de investigación han dado lugar, desde la Primera Legislatura, a que se hayan creado Subcomisiones o Ponencias, en su seno, como "grupos de trabajo".

[339] En general, para el objeto y límites de las Comisiones parlamentarias de investigación vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, pp. 125 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 178 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, pp. 402 y ss; GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 201 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Comisiones de investigación y de encuesta*, pp. 405 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria*, pp. 24 y ss.

[340] Cfr., ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Comisiones de investigación y de encuesta*, p. 406.

[341] En concreto, en la STC 130/1991, de 6 de junio, en su Fundamento 5º; vid., sobre ello, GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 207; TORRES BONET, *Las*

La investigación deberá versar sobre un objeto concreto y de carácter determinado; tal como exigen los Reglamentos de ambas Cámaras; esto excluye una investigación genérica o indeterminada[342].

Aparte de las limitaciones genéricas que se encuentran implícitas en la propia delimitación del objeto de la investigación, existe una serie de límites mucho más precisos, como por ejemplo, el ámbito de las "materias reservadas" o los "secretos oficiales"; o la existencia de entes exentos de fiscalización parlamentaria por estar constitucionalmente dotados de autonomía para el desarrollo de su actividad, entre los que se encuentran, por ejemplo, el Poder judicial, o las propias Comunidades Autónomas[343].

En cuanto al objeto de las Comisiones de investigación en el marco autonómico, en principio, la mayoría de los Reglamentos parlamentarios admiten la posibilidad de que el Pleno de la Cámara acuerde la creación de Comisiones de investigación, "para cualquier asunto de interés público"[344]. La doctrina ha apuntado

---

Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno, pp. 106-108; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, p. 126.

[342] Vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., p. 127; GUDE FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., p. 202, estima que el objeto de las Comisiones de investigación deberá recaer siempre sobre actos concluidos, nunca sobre hechos o procesos que se encuentran en fase de desarrollo;

[343] Para los límites de la investigación parlamentaria, vid., exhaustivamente, ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., pp. 128 y ss; y TORRES BONET, *Ob. cit*., pp. 126 y ss; ALMENDROS MANZANO, "Control parlamentario, uso del derecho privado por los poderes públicos y derechos fundamentales", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1994, pp. 98 y ss; CAAMAÑO, "Comisiones parlamentarias de investigación vs. Poder Judicial: Paralelismo o convergencia (apuntes para su debate)", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 6, 1994, pp. 161-164; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, pp. 83 y ss.

[344] Para la lista de artículos por Comunidades Autónomas, vid., por ejemplo, GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 298, en nota 29.

la necesidad de observar, frente a esta situación, un criterio restrictivo[345], conforme al cuál, se limite el objeto propio de las Comisiones de investigación que puedan constituirse en las Cámaras territoriales al ámbito de las competencias atribuidas estatutariamente a cada una de las Comunidades Autónomas. Aunque también algunos Reglamentos parlamentarios han operado esta restricción, así por ejemplo, en Valencia, Madrid, y La Rioja se especifica que los asuntos de interés público deben afectar a la Comunidad Autónoma respectiva[346]; y el Reglamento Balear (artículo 51.1) especifica que se podrá acordar la creación de una Comisión de investigación "sobre cualquier asunto de interés público dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma"[347].

5. Los trabajos de la Comisión de investigación pueden finalizar, como afirma TORRES MURO, por varias razones, a saber: que se produzca la disolución de las Cortes en cuyo caso todas las Comisiones cesan en sus mandatos; que se acuerde el final de las tareas investigadoras antes de llegar a su conclusión; y que se presente el dictamen producto de las mismas[348]. La elaboración del informe[349] constituye el punto final del trabajo realizado por la Comisión. En la fase final del desarrollo de la encuesta, por lo que se refiere al producto de los trabajos de investigación, sus conclusiones han de plasmarse en un documento que adopta la

[345] Cfr., ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Comisiones de investigación y de encuesta*, p. 408; GARCÍA MAHAMUT, *Ob. cit*., p. 299.

[346] Artículo 50.1 RV; artículo 50.1 RM, y artículo 40.2 RR.

[347] Vid., GARCÍA MAHAMUT, *Ob. cit*., *loc. cit*., afirmando que no cabe duda que la cláusula "cualquier asunto de interés público" que constituye la cualidad del asunto a investigar por las Comisiones de investigación de los Parlamentos autonómicos, contiene implícita y explícitamente un límite de carácter material sobre el objeto a investigar por las Asambleas Legislativas autonómicas.

[348] Cfr., TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, p. 126.

[349] Sobre la estructura del informe, vid., GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 283 y ss.

forma de dictamen[350]. El dictamen se somete al Pleno de la Cámara, y como principio general, las conclusiones aprobadas se publican en el Boletín Oficial del correspondiente órgano representativo; sin perjuicio de que la Mesa de la Cámara, si lo considera oportuno, decida dar traslado de las mismas al Ministerio Fiscal (artículo 76.1 CE), para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas. Expone ARANDA ÁLVAREZ[351], que el efecto externo del dictamen es que se convierte en un instrumento de colaboración con la justicia, y que dicha colaboración está siendo reforzada con el uso parlamentario de incluir en el dictamen una propuesta al Pleno para "...que dé traslado al Ministerio Fiscal de la documentación con el fin de depurar cuantas responsabilidades pudieran existir..."[352]

Como afirma PÉREZ ROYO, las conclusiones de una Comisión de investigación no son la "verdad social", sino la "verdad parlamentaria", que es algo completamente distinto. En el Estado Constitucional […] no hay más Verdad con mayúsculas que la que definen los jueces y tribunales en un proceso contradictorio con todas las garantías constitucionales. La "verdad" de la investigación parlamentaria es una "verdad" política que tiene que surtir unos efectos asimismo políticos[353]

---

[350] Vid., ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Comisiones de investigación y de encuesta*, pp. 430-433.

[351] ARANDA ÁLVAREZ, "El procedimiento en las Comisiones de investigación", en *VI Jornadas de Derecho parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, 1997, p. 789.

[352] De esta forma sucedió en la conclusión primera de los dictámenes de las Comisiones *caso Roldán, y caso Mariano Rubio*.

[353] Cfr. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 512-513. Siguen expresamente a Pérez Royo: GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 266; y RODRÍGUEZ COARASA, "Actividad parlamentaria y proceso judicial: delimitación de competencias de las Comisiones parlamentarias de investigación", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 87, 1997, p. 282; PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, "Comisiones de investigación o estudio, reflexiones en torno a experiencias recientes del congreso de los diputados", en *VI*

Las conclusiones de las Comisiones de investigación no serán vinculantes para los tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales (artículo 76 CE, y artículo 52 Reglamento del Congreso). En cuanto a la posibilidad de dar traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, se han planteado algunas dudas sobre si la puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal de "indicios de criminalidad" debe realizarse finalizada la investigación, incluso cuando se hayan puesto de manifiesto en la tramitación de la encuesta[354]. El delito de incomparecencia, y el de falso testimonio en el ámbito investigador parlamentario, son dos delitos que se producen durante el desarrollo de la propia investigación, entonces cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿Sólo pueden ponerse estas conductas delictivas en conocimiento del Ministerio Fiscal a través de las "conclusiones" o del "dictamen" de la Comisión, o bien en el momento en que los parlamentarios tengan indicios razonables de que pueden haberse producido deben ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal? No parece razonable supeditar la posibilidad de perseguir los delitos de incomparecencia y falso testimonio, a la terminación de una Comisión de investigación mediante un dictamen y su correspondiente traslado al Ministerio Fiscal, pues bastaría que las Comisiones de investigación finalicen sin haber elaborado unas conclusiones para que éstos delitos no puedan ser perseguidos. Parece más correcto admitir que en el momento en el que se produzca el delito - pues éste se produce en el interior mismo de la Comisión de investigación - los parlamentarios puedan ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal[355]. Esta solución parece más respetuosa, por ejemplo, con el artículo 3.2. de la L.O. 5/1984, de 24 de mayo, que dispone que:

Jornadas de Derecho parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario, Madrid, 1997, pp. 396-397.

[354] Vid., al respecto, MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, vol. I, p. 463.

[355] Parece ser de esta misma opinión, MARTÍNEZ ELIPE, *Ob. cit*., pp. 462-463.

"Si de las manifestaciones del compareciente se dedujeran indicios racionales de criminalidad para alguna persona, la Comisión lo notificará así a la Mesa de la Cámara para que ésta, en su caso, a través de la Presidencia respectiva, lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal".

Como se observa, este artículo no exige que el traslado se haga al Ministerio Fiscal tan sólo por medio del dictamen o conclusiones, sino que permite dar traslado antes de que finalice la tarea investigadora de la Comisión, tan pronto se tengan indicios racionales de criminalidad[356]; y esto podría aplicarse también a la incomparecencia o falso testimonio[357]. Todo ello sin olvidar que si el juez o fiscal tienen conocimiento directo sobre la posible incomparecencia o el falso testimonio, pueden igualmente proceder a dar inicio a las diligencias penales, sin esperar a que la Comisión concluya sus trabajos oficialmente mediante la emisión de un dictamen.

3.3. Las Comisiones de investigación como instituciones positivas parlamentarias.

[356] En opinión de GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, p. 269, el fundamento estriba en un deber cívico de comunicar unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito.

[357] Comparte una opinión muy similar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Responsables en el caso "Comisión de investigación", en el periódico *La voz de Galicia*, del Domingo 9 de febrero de 2003, (http://www.lavozdegalicia.es/hemeroteca/noticia.jsp?CAT=130&TEXTO=1496016&txtDia=16&txtMes=2&txtAnho=2003) cuando narra los siguientes hechos acaecidos en Galicia, en el ámbito de la Comisión de investigación del caso *Prestige*: […] me resulta sorprendente, por una parte, que el presidente del Parlamento gallego desoyera la iniciativa de los diputados socialistas que, mediante escrito de 10 de enero, le instaron a denunciar los hechos al fiscal, y, por otra parte, que ante la pasividad del presidente, el grupo socialista no haya remitido directamente su denuncia al fiscal o al juez competente. […] No está de más recordar que quienes por razón de su cargo o profesiones tengan noticias de algún delito público están obligados por la Ley (so pena de multa disciplinaria además) a denunciarlo inmediatamente al fiscal o juez competente, que, por cierto, en ausencia de denuncia, pueden también iniciar las diligencias penales cuando tienen conocimiento directamente de un hecho delictivo como el definido en el artículo 502.1 del Código penal. Con todo, existe algo todavía mucho más importante que ese deber jurídico público de denuncia que incumbe a los miembros de nuestro parlamento […].

1. De lo expuesto, y a los efectos de la interpretación de los tipos de incomparecencia e inveracidad, las Comisiones de investigación aparecen como instituciones estatales positivas necesitadas, para su existencia, funcionamiento y desarrollo de sus tareas investigadoras, del fomento y cooperación de determinadas personas; extremo este último que analizaremos en los siguientes apartados, al estudiar el poder de las Comisiones parlamentarias de investigación para requerir la comparecencia de personas, y para imponerles un deber de veracidad en sus declaraciones.

La institución positiva estatal "Comisión parlamentaria de investigación" en la que se verá integrado quien sea requerido en forma legal y bajo apercibimiento, es un órgano parlamentario, de investigación política y no judicial, que se crea con el objetivo de investigar sobre un asunto concreto y de "interés público; de duración limitada, y que para cumplir su función investigadora y fiscalizadora cuenta con unos poderes extraordinarios. Aparecerán así, como ejemplo concreto de deberes positivos de colaboración con instituciones positivas estatales, los deberes de comparecencia y de veracidad ante las Comisiones de encuesta parlamentarias, y su incumplimiento vendrá sancionado en el artículo 502.1 y 502.3 del Código penal.

Resumiendo: Aquella persona, que, incluso a su pesar, se vea integrada en la institución positiva "Comisión de encuesta parlamentaria", mediante un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento, pasará a ser titular de dos especiales deberes positivos, cuyo incumplimiento se castigará penalmente, a saber: el deber de comparecencia (artículo 502.1 Código penal), y el deber de veracidad (artículo 502.3 Código penal).

CAPÍTULO III.: EL DELITO DE INCOMPARECENCIA ANTE COMISIONES DE ENCUESTA PARLAMENTARIAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 502.1 DEL CÓDIGO PENAL

1. Una cuestión previa: La naturaleza de la sanción prevista en el artículo 76.2 de la Constitución

1. El delito de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación tiene su origen o justificación en el artículo 76.2 de la Constitución, que dispone:

"Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación."

De la interpretación de este precepto puede inferirse que la Constitución crea un deber jurídico específico de comparecencia, y que para garantizar su eficacia lo refuerza con un mandato de sanción dirigido al legislador. Tenemos pues dos elementos: un deber jurídico-constitucional de comparecencia que incumbe a los ciudadanos, y un mandato de sanción que incumbe al legislador. Determinar la naturaleza del deber jurídico de comparecencia es relativamente sencillo; se trata de un deber de rango constitucional[358] puesto que está expresamente previsto en el artículo 76.2 de la Constitución. Determinar la naturaleza de la sanción a imponer por incumplimiento de ese deber, sin embargo, no es algo que resulte evidente.

[358] En el Preámbulo de la "Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras", puede leerse textualmente que: "La facultad de formar Comisiones de Investigación atribuida por la Constitución a las dos Cámaras de las Cortes Generales *configura un deber constitucional*...". Y se está refiriendo, evidentemente, al *deber de comparecencia*.

2. ¿Nos encontramos ante un mandato constitucional de sancionar penalmente[359] la incomparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias? Aquí se tratará de fundamentar una respuesta negativa, pero sin abordar la compleja cuestión de Política criminal consistente en determinar con qué requisitos o en qué circunstancias puede estar el legislador obligado a sancionar penalmente una conducta lesiva de bienes jurídicos. Como regla general, no existen mandatos constitucionales de punición[360] en España que vayan más allá de los artículos: 45.3[361], 46[362], y 55.2 (último párrafo)[363]. En el supuesto de estos tres artículos de la Constitución, se contemplan los únicos y discutidos[364] "mandatos constitucionales expresos de criminalización", en los que el texto constitucional marca una vía determinada, es decir, no deja ninguna opción al legislador, cuya autonomía, en estos casos queda francamente reducida, si no anulada: se debe sancionar penalmente un determinado tipo de conductas.

Aunque estos supuestos sean excepcionales, también puede encontrarse algún ejemplo en el Derecho comparado, así, el artículo 26.I.[365] de la Constitución alemana[366], o el artículo 13[367] de la Constitución italiana[368].

---

[359] Vid., de modo básico, PULITANÓ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?, cit., pp. 484 y ss.

[360] Vid., SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", cit., pp. 865 y ss.

[361] Artículo 45.3 C.E.: "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones *penales* o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

[362] Artículo 46 C.E.: "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen y su titularidad. La ley *penal* sancionará los atentados contra este patrimonio".

[363] Artículo 55.2 C.E.: […] "La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad *penal*, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".

[364] Vid., en esta línea, para el artículo 45.3 C.E., SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., Valencia, 1999, p. 19, y nota 9.

[365] Artículo 26. I., *Grundgesetz*: "Las acciones que sean idóneas para y ejecutadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, y especialmente de preparar la

En el artículo 76.2 de la Constitución española no existe ninguna referencia expresa a la necesidad de recurrir a una sanción *penal* para castigar la incomparecencia ante una Comisión de investigación Parlamentaria. No nos encontramos por tanto ante una obligación *expresa* de castigar penalmente. Tampoco parece que contenga el artículo 76.2 CE una obligación *tácita* de sanción penal para las incomparecencias. A esta conclusión se llega porque, aunque la disposición constitucional prevea u ordene una intervención del legislador para regular la materia, no necesariamente deberá recurrirse a una sanción penal (sobre todo en ausencia de una indicación penal expresa como sucede en otros preceptos constitucionales[369]). Dicho en otros términos, que el precepto constitucional (artículo 76.2) contenga un obligación expresa de sanción, no equivale a que ésta sea, indefectiblemente, una obligación tácita[370] de castigar *penalmente*, puesto que existen, en el ordenamiento jurídico español, otro tipo de sanciones, como pueden ser las civiles o las administrativas[371]. El

---

ejecución de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Y deben ser castigadas *penalmente*".

[366] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, cit., p. 64, pone de relieve, que el artículo 26. I. de la *Grundgesetz* es el único mandato expreso de criminalización en Alemania.

[367] Artículo 13 de la Constitución italiana: "[…] È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di liberta".

[368] Lo señala, MAZZACUVA, "Modello costituzionale di reato. Le "definizione" del reato e la struttura dell' illicito penale", en *Introduzione al Sistema penale*, vol. I, Insolera/Mazzacuva/Pavarini/Zanotti (Dirs.), 2ª ed., Torino, 2000, p. 92.

[369] Vid., sobre este extremo, MAZZACUVA, *Ob. cit.*, p. 93.

[370] Describen las obligaciones tácitas de castigar penalmente, SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", cit., pp. 876 y ss; y MAZZACUVA, *Ob. cit.*, pp. 93 y ss.

[371] Aunque advierte EMBID IRUJO, "Los Parlamentos territoriales y los principios de su ordenamiento jurídico", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 3, 1984, p. 45, que, por ejemplo, en el ámbito de las Comisiones de investigación "autonómicas", el sistema de sanciones administrativas plantea, probablemente, problemas […] pues habría que comenzar por razonar acerca de la autoridad sancionadora que, por esencia de su cargo, no parece que pudiera ser el Presidente del Parlamento, quien limita sus funciones al gobierno de la Cámara. Postular que fuera un órgano del respectivo ejecutivo la autoridad sancionadora, chocaría con los mismos principios del régimen parlamentario de separación de poderes, por mucho que este principio pueda ser reinterpretado hoy en la idea de colaboración entre poderes; vid., también EMBID

artículo 76.2 no vincula necesariamente al legislador ordinario para que éste adopte mecanismos sancionadores penales para castigar las incomparecencias ante Comisiones de encuesta parlamentarias. O lo que es equiparable: *obligación de sanción* para las incomparecencias no equivale a *obligación de sanción penal*, sobre todo porque se estaría vulnerando el principio de intervención mínima o de *última ratio*.

3. En general, en la doctrina existe acuerdo en considerar a la Constitución como un limite a la política sancionadora; también existe acuerdo para tener a la Constitución como referencia para determinar los bienes jurídicos que merecen tutela penal; pero existe discrepancia cuando se pretende que la Constitución fundamente una obligación de la intervención del Estado sólo mediante la pena[372]. En relación con el mandato de sanción previsto en el artículo 76.2 de la Constitución, podría afirmarse, que sin duda el bien o la institución que se pretende tutelar tiene una relevancia constitucional incuestionable, pero no cabe de ello deducir una obligación de tutela penal, puesto que en ese caso, la idea de la pena como última ratio no sólo se reduce mucho, sino que como afirma MARINUCCI[373], se eclipsaría el principio de *extrema ratio*, y la pena aparecería entonces como "única ratio". Siguiendo con el argumento, expone FIANDACA, que el hecho de que un bien jurídico ostente el rango de "bien constitucional", no hace surgir, respecto del legislador ordinario, una obligación de crear un tipo penal que lo tutele[374].

IRUJO, "Introducción al régimen jurídico de los Parlamentos Territoriales", en *Las Cortes Generales, Vol. I.* Madrid, 1987, p. 189.

[372] Esto se muestra claramente en la consideración que hace MARINUCCI, "Relazione di sintesi" en *Bene giuridico e riforma della Parte Speciale*, Stile (Dir.), Napoli, 1985, pp. 348 y ss.

[373] Cfr., MARINUCCI, O*b. cit*., p. 353.

[374] Vid., FIANDACA, *Problemática dell' osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, pp. 96-97.

No hay que olvidar que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal[375], sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico[376], por esta razón, y en relación con el mandato no específico de sanción contenido en el artículo 76.2 de la Constitución, el Derecho penal debería ser la última de entre todas las medidas protectoras que el legislador debe considerar, es decir, que sólo se le podría hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como pudieran ser, por ejemplo, las sanciones administrativas[377]. En tal sentido, afirma MORILLAS CUEVA[378], que cuando los bienes jurídicos que se presumen de necesaria protección puedan serlo por mecanismos distintos y menos lesivos al ciudadano que los utilizados por el Derecho penal, éstos deberán tener prevalencia para delimitar una adecuada Política social.

Nos encontramos, en definitiva ante el principio de intervención penal mínima[379]. Y en el caso concreto que nos ocupa, se plantea la siguiente cuestión: Si existe un nivel mínimo inderogable de contenidos represivos ¿Está la

---

[375] No se debe correr el riesgo, como expone PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Madrid, 1995, p. 86, de aceptar el Derecho penal no ya como *ultima ratio*, sino como *prima* o incluso como *sola ratio* de la protección de bienes jurídicos.

[376] Vid., ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, cit., 2/28.

[377] Como expone, por todos, ROXIN, *Ob. cit*., 2/29, al Derecho penal sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.

[378] Cfr., MORILLAS CUEVA, "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 2, 1983, p. 61.

[379] Vid., detalladamente, por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como limite del "Ius Puniendi"", en *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Casas Barquero*, González Rus (Coord.), Córdoba, 1996, pp. 249 y ss., indicando que el Derecho penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más (p. 50); y MIR PUIG, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 12, 1987, pp. 223 y ss., afirmando que existe acuerdo en la doctrina actual en proclamar el principio de intervención mínima del Derecho penal (p. 223).

incomparecencia ante Comisiones de investigación parlamentarias en ese ámbito, o por el contrario podría procederse a una tutela desde otros sectores no penales del ordenamiento jurídico?

La solución la deja en manos del legislador[380] el propio artículo 76.2 de la Constitución, pues le está permitiendo una libertad más amplia que en los supuestos de mandatos de penalización expresa de los artículos 46, 55.2, y el más discutible 45.3. Pero esta libertad, a su vez, viene limitada por el principio de intervención mínima, de subsidiariedad; por el principio de *ultima ratio* que debe guiar la intervención penal en un Estado social y democrático de Derecho.

Por tanto, creo posible afirmar que el artículo 76.2 de la Constitución no contiene un mandato ni expreso ni tácito de castigar penalmente las incomparecencias, o la falta de colaboración de los ciudadanos llamados ante Comisiones de encuesta parlamentarias. Bien al contrario, hubiese sido deseable, de *lege ferenda*, y sobre la base del principio de última ratio, proceder a una tutela desde instancias no penales, y sólo después de un hipotético fracaso de tal protección, haber recurrido, con carácter secundario y como última alternativa jurídica, a una sanción penal. Pues como observa MAURACH, si el ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia; desde el punto de vista de política jurídica, la selección y acumulación de estas medidas se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave[381].

---

[380] Mantiene una opinión similar, ÁLVAREZ OSSORIO-FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes generales*, cit., p. 182.

[381] Cfr., MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, cit., p. 31, razonando que tan absurdo y reprobable es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al autor con la simple imposición de las costas del entierro; vid., en idéntico sentido PRITTWITZ, "El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*?", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pp. 432-433.

4. Para finalizar, puede aportarse un ulterior argumento que refuerce la negativa a admitir que el artículo 76.2 contenga un mandato constitucional obligatorio de sanción penal; y que está en relación con las supuestas omisiones por parte del legislador de dar efectivo cumplimiento a los mandatos expresos de penalización. En principio, las hipótesis de mera omisión legislativa, de un mandato constitucional expreso de sanción penal, parece que no tiene consecuencias jurídicas, no siendo posible denunciar la inconstitucionalidad de una norma inexistente[382]. Pero la derogación de una norma penal (ya existente) que fuese el desarrollo legislativo de un mandato expreso de sanción penal, sí que podría, en opinión de la doctrina, ser declarada inconstitucional[383]. Es decir, si el legislador penal español decide derogar los artículos del Código penal vigente que dan cumplimiento a los mandatos de sanción penal previstos en los artículos 45.3, 46 y 55.2 de la Constitución, y no los sustituyera por otros que igualmente dieran cumplimiento a la obligación de sanción penal, entonces podría ser declarada la derogación inconstitucional. Pues bien, este supuesto - de posibilidad de declarar inconstitucional la eventual derogación - no se daría en el caso en que el legislador penal decidiese derogar el artículo 502 del Código penal (que desarrolla la obligación de sanción prevista en el artículo 76.2 de la Constitución), sencillamente porque no se trata de un mandato constitucional de sanción *penal*, y por tanto cabe siempre la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación de sanción legal que establece el artículo 76.2 CE por medio de otros instrumentos jurídicos sancionadores no penales.

Como conclusión, y desde una perspectiva de *iure condendo*, hubiese sido preferible, y más respetuoso con el principio de intervención mínima y extrema ratio que informa el Derecho penal, que la ley que desarrollase el mandato de

[382] Han estudiado las consecuencias de las omisiones de castigar penalmente, SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", cit., pp. 873 y ss; y MAZZACUVA, "Modello costituzionale di reato. Le "definizione" del reato e la struttura dell' illicito penale., p. 92.

[383] Parecen mantener esta posición, SANTA VEGA, *Ob. cit*., p. 876; y MAZZACUVA, *Ob. cit. loc. cit.*

sanción expreso previsto en el artículo 76.2 CE hubiese sido, como *prima ratio*, una ley no penal[384].

2. Los especiales poderes de las Comisiones parlamentarias: El poder de requerir la comparecencia obligatoria

1. Las Comisiones de investigación o de encuesta, para el desarrollo de su función tienen atribuidos unos poderes extraordinarios. Poderes de índole cuasi-judicial en España, y directamente jurisdiccionales en otros países[385]. De hecho, la historia de las Comisiones de investigación está inseparablemente unida a un conflicto entre los poderes Legislativo y Judicial[386]. BONNARD, cita un precedente[387] en Francia, en el asunto de Charles X, en 1830. La comisión de la

[384] Un razonamiento, y crítica similar puede inferirse de la siguiente afirmación de TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, p. 1414: "Tan legítima preocupación (por la necesidad de salvaguardar la seriedad del funcionamiento de las Comisiones de investigación) ha llevado, sin embargo, a resultados fuertemente discutibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad y mínima intervención […]". Muy cercano, REIG REIG, en Crespo Barquero [et al.], *El Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Serrano Butragueño (Coord.), Granada, 1999, p. 1841.

[385] El artículo 82 de la Constitución italiana establece que: "... La commissione di inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria"; y el artículo 44.2 de la Ley Fundamental de Bonn, la *Grundgesetz*, dispone que: (en cuanto a las Comisión de investigación) "Las normas del proceso penal son aplicables, por analogía, a la práctica de la prueba...". Sobre los poderes de las Comisiones de investigación en Alemania, vid., ZEB, "Informe sobre la organización, las funciones y el procedimiento de las Comisiones en el Bundestag", en *LasComisiones Parlamentarias*, Jehl (Trad.), Da Silva Ochoa (Coord.), Vitoria, 1994, pp. 50 y ss; BOGDANDY/FORSTHOFF, "El derecho del Bundestag y de sus miembros a recibir información", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1994, pp. 198 y ss; ELVIRA PERALES, "Comisiones de investigación en el "Bundestag". Un estudio de Jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, 1987, pp. 274 y ss; LEISNER, "Le commissioni d' inchiesta parlamentari e la Legge Fondamentale di Bonn", en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari; a cura di Giuseppe de Vergottini.* Rimini, 1985, pp. 370 y ss.

[386] Cfr., en esta línea, BIDEGARAY/EMERI, "Le contrôle parlementiare", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n. 6, 1973, pp. 1642 y ss.

[387] Vid., también sobre los precedentes en Francia, BIDEGARAY/EMERI, *Ob. cit*., p. 1642, quienes ponen de relieve que, como las prerrogativas de las Comisiones de investigación no estaban definidas en ningún texto legislativo, muy rápido se planteó el problema de sus poderes. Y como no tenían ninguno intentaron tenerlos todos. Es así, que en su origen, las Comisiones se asignaron inquietantes prerrogativas para el principio de separación de poderes, y

Cámara de los diputados, encargada de examinar su acusación ante la Cámara de los Pares, utilizó todos los poderes de un juez de instrucción. Procedió incluso a la detención de los inculpados. Y en 1848, la Asamblea Constituyente otorgó poderes judiciales a la Comisión encargada de investigar sobre los sucesos de 1848[388]. Para regular estos usos, en Francia se creó la Ley de 23 de marzo de 1914 (*Journal Oficiel* de 24 de marzo de 1914), que en su artículo único establecía un tipo penal especial para la negativa a comparecer, y remitía al artículo 363 del Código penal (de la época) para castigar los falsos testimonios[389]. En Francia, la Ley del 23 de marzo de 1914 relativa a los testimonios recibidos por las Comisiones de encuesta parlamentarias, marcó el punto culminante de la conquista de los poderes para las Comisiones[390]. En realidad, se planteaba ya entonces una problemática que se ha ido prolongando hasta la actualidad, y a la que el Derecho español no es ajeno; y ésta no es otra que la de los poderes jurisdiccionales, o cuasi-judiciales que se conceden a las Comisiones de encuesta parlamentarias. Estos poderes implicarán, como consecuencia, determinados deberes para los ciudadanos, tanto para los particulares como para los funcionarios. Los poderes consistirán básicamente en el poder de obligar a la comparecencia, y en el poder de exigir veracidad en el testimonio de las personas requeridas.

Esta situación ha sido objeto de críticas, algunas muy duras relacionadas con la división de poderes. Así, LEISNER, ha llegado a definir las Comisiones de investigación como: un híbrido entre Parlamento y Tribunal que reúne las

---

se internaron en los dominios del poder judicial. Puede consultarse, para algún precedente en el ordenamiento español, ÁLVAREZ OSSORIO-FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes generales*, cit., pp. 11 y ss.

[388] Vid., BONNARD, "Les pouvoirs judiciaires des commissions d' enquête parlementaire et la loi du 23 mars 1914", en *Revue du Droit public et de la science politique*, 1914, p. 391.

[389] Una exposición detallada de esta ley y un análisis sus repercusiones puede verse en BONNARD, *Ob. cit*., pp. 387 y ss.

[390] Concede el derecho de requerir la comparecencia de personas, y el poder de exigir el juramento, sólo que los testigos no gozan de las mismas garantías que un testigo judicial, vid., BIDEGARAY/EMERI, "Le contrôle parlementiare", cit., pp. 1644-1645.

características negativas de ambas instituciones[391]. Una crítica muy importante es que no se distingue - por parte de los comparecientes - entre imputados y testigos, y se confunden ambas figuras, violando un principio fundamental del proceso penal. Por parte de los componentes de la Comisión se constata otra grave confusión: entre Ministerio fiscal y juez[392]. ¿Los parlamentarios, miembros de una Comisión de investigación, juegan el papel de fiscales o de jueces? A esta crítica de la delicada y comprometida situación en que se encontrarán los comparecientes, debe añadirse que las Comisiones parlamentarias de investigación pueden constituir una grave amenaza para la separación de poderes, ya que una institución que pertenece al poder legislativo se arroga competencias pertenecientes claramente al ámbito del poder jurisdiccional. Gráficamente lo explicaba BONNARD: Parece difícil poder afirmar que las disposiciones de nuestra ley sean conformes a una rigurosa interpretación de la separación de poderes y no una excepción a ese principio. En efecto, aunque no posean todos los poderes de un juez de instrucción y aunque no puedan sustituirlo, no deja de ser patente el hecho de que las Comisiones de investigación se encuentran investidas de poderes que son específicos del ejercicio de la función judicial[393]. La institución del testimonio veraz y de la comparecencia obligatoria es esencialmente una institución del orden jurisdiccional.

Aunque también hay quien no comparte tal visión, expresando que las Comisiones de investigación no suponen un atentado contra la "división de

---

[391] Cfr., LEISNER, "Le commissioni d' inchiesta parlamentari e la Legge Fondamentale di Bonn", cit., p. 376. Las Comisiones parlamentarias de investigación, para LEISNER, del Parlamento tienen la politización, el ardor, la mentalidad *amigo-enemigo*, descrita de modo clásico por Max Weber y Carl Schmitt, que nada tiene que ver con la investigación de la verdad. Del pseudo-carácter de Tribunal tienen el afán, a menudo de vacío y a veces ridículo de la búsqueda de la verdad a través de pesados mecanismos.

[392] Vid., ampliamente, LEISNER, *Ob. cit*., pp. 376-377, quien observa, agudamente, que se produce una confusión absoluta de todos los roles. Y finaliza su artículo (p. 379) con la siguiente afirmación: "El Parlamento tiene cada vez menos *panem* que ofrecer; ¿dejaría los *circenses* de las Comisiones? No creo".

[393] BONNARD, "Les pouvoirs judiciaires des commissions d' enquête parlementaire et la loi du 23 mars 1914", cit., p. 404. Para un estudio sobre la cuestionada división de poderes vid., pp. 405 y ss.

poderes", sino una forma de llevarlo a cabo[394]. Ello se debería a que en la actualidad los términos más adecuados no son el de división o separación, sino el de distinción o colaboración de poderes[395]. En todo caso resulta paradójico que los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones de investigación (que son el máximo exponente de los poderes cuasi-judiciales de las Comisiones de investigación, y por tanto representan el centro mismo de la polémica sobre la división de poderes), queden enmarcados en nuestro Código penal, bajo la cobertura de un Capítulo que lleva por nombre "De los delitos contra las Instituciones del estado y la división de poderes".

2. Actualmente en Francia[396], al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, las Comisiones parlamentarias de investigación disponen de especiales poderes. Si bien el texto inicial de la "*Ordonnance* 58-1100 de 17 noviembre de 1985", relativa al funcionamiento de las Asambleas Parlamentarias, nada decía sobre el asunto, la Ley nº. 77-807 de 19 de julio de 1977 (modificada por las Leyes nº. 91-698 de 20 de julio de 1991, y 94-1040 de 2 de diciembre de 1994) ha establecido los poderes de que gozan las Comisiones de investigación. Así, el artículo 6. III, impone la obligación de comparecer, la de declarar y la de prestar juramento, bajo pena de prisión (de 2 años) y multa. Además, en caso de falso testimonio o soborno de testigo, se remite a las disposiciones del Código penal, artículos 434-13, 434-14 y 434-15[397]. La realidad jurídica es bien similar a la

---

[394] Vid., ELVIRA PERALES, "Comisiones de investigación en el "Bundestag". Un estudio de jurisprudencia", *en Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, 1987, p. 266.

[395] Es la opinión de ELVIRA PERALES, *Ob. cit*., p. 265.

[396] Una detallada evolución de los poderes de las Comisiones de encuesta parlamentarias en Francia, puede verse en: GUDE FERNÁNDEZ, "Las Comisión de investigación en Francia", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 8, 1995, pp. 66 y ss; vid., también, LECLERC *Droit Constitutionnel et institutions politique*, 10ª ed., Paris, 1999, pp. 629 y ss;

[397] Vid., por ejemplo, AVRIL/GIQUEL, *Droit Parlementiare*, Paris, 1996, pp. 245 y ss. Aunque los autores explican que la aplicación de estos artículos ha dado lugar a ciertas dificultades, y que si bien han existido negativas a comparecer y a declarar, rara vez han habido persecuciones penales iniciadas a instancias del presidente de la correspondiente Comisión. Vid., también, DUHAMEL/MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, pp. 175 y ss;

nuestra[398], y puede resumirse en que las Comisiones de investigación disponen en definitiva de un poder/derecho de citación directa de toda persona cuya audición estimen útil, y además, ésta última está obligada a comparecer (existe sanción penal por incomparecencia) y a ser veraz en su testimonio pues está sujeta a las sanciones penales por falso testimonio.

Como afirma FENUCCI, si las Comisiones de investigación no tuvieran tales poderes, se las estaría privando de medios absolutamente indispensables para el desarrollo de su función[399]. Pero las comisiones de encuesta no tienen todos los poderes de la autoridad judicial, sino sólo aquellos que corresponden a la actividad instructora, y por tanto, aunque puedan exigir obligatoriamente y bajo la amenaza de sanción penal la comparecencia personal y la veracidad en las declaraciones, no pueden ni juzgar, ni dictar sentencias, ni imponer penas[400]; de

---

DUPAS, "Las Comisiones en la Asamblea Nacional francesa", en *Las Comisiones Parlamentarias*, Vitoria, 1994, p. 115 y p. 120; AVRIL, "Le Comissioni d' inchiesta in Francia", en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985, p. 320; GAÏA [et al.], FAVOREU (Coord.), *Droit Constitutionnel,* Paris, 1998, pp. 685 y ss; CADART, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Paris, 1990, pp. 1369 y ss; LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la V République*, 3ª ed., Paris, 1999, pp. 590-591; LAPORTE/TULARD, *Le Droit Parlementaire*, Paris, 1986, pp. 107 y ss; HAMON/TROPER/BURDEAU, *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris, 2001, pp. 637 y ss.

[398] La única diferencia, consiste en que en Francia los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante la Comisión sólo son perseguibles a instancia del Presidente de la Comisión de investigación, o bien, tras la publicación oficial del dictamen final, a instancia de la Mesa de la Asamblea interesada (artículo 6 III de la *Ordonnace* 58-1100).

[399] Cfr., FENUCCI, *I limiti dell' inchiesta parlamentare*, 3ª ed., Milano, 1999, p. 175; también lo pone de relieve, POSTERARO, "Nota sui poteri e su taluni profili procedurali dell' attivitá delle Comissioni parlamentari d' inchiesta", en *Le inchieste delle Assamblee parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985, p. 149, afirmando que las comisiones de encuesta no disponen de todos los poderes, sino sólo aquellos con que la autoridad judicial procede a las indagaciones y los exámenes, como expresa textualmente el artículo 82 de la Constitución italiana.

[400] Como ha subrayado el Tribunal Administrativo Superior de Lüneburg, "La Comisión de investigación no es una autoridad judicial" (*oberverwaltungsgericht Lüneburg*, Resolución de 27 de noviembre de 1985), vid., la referencia exacta en ELVIRA PERALES, "Comisiones de investigación en el "Bundestag". Un estudio de Jurisprudencia", cit., p. 277, quien manifiesta que la labor de la Comisión es informativa y para ello se requiere de la cooperación de diferentes personas, públicas o privadas. Por consiguiente el recurso a las normas del procedimiento penal sólo será aplicable dentro de aquellos aspectos que faciliten esa tarea de información - y subsiguiente control - que compete al Parlamento, sin poder recurrir a los procedimientos penales, y todo ello, claro está, manteniendo siempre el respeto a los derechos fundamentales, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

hecho, se trata de un poder instrumental. En Italia, incluso se ha llegado al extremo de que la Ley que crea la Comisión de encuesta parlamentaria (pues en Italia las Comisiones de investigación se crean mediante una ley expresa, caso por caso) pueda establecer mayores poderes y/o menores limitaciones que las previstas para la autoridad judicial ordinaria[401].

Los poderes de las Comisiones de investigación inciden sobre la libertad personal, y también en Italia (al igual que en Francia o España), pueden limitar tal libertad al preveerse la posibilidad de sancionar penalmente a todos aquellos que se nieguen a comparecer, a declarar, o que presten declaraciones reticentes o falsas[402]. De este modo la colisión entre las investigaciones de las Comisiones y la tutela de los derechos individuales ha suscitado problemas que están lejos de ser resueltos[403].

---

[401] LONG, "Instrumentos de información de las Cámaras Parlamentarias" Banzo Alcubierre (Trad.), en *Instrumentos de información de las Cámaras Parlamentarias*, Madrid, 1994, p. 233, apunta que esto ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la Comisión de investigación sobre la Logia Masónica P 2 (artículo 3 de la Ley n. 527, de 23 de septiembre de 1981), frente a la que no eran oponibles el secreto profesional - salvo en lo concerniente a la relación entre el defensor y las partes procesales en el ámbito del mandato - , el secreto oficial, y el secreto bancario.

[402] De manera general, vid., POSTERARO, "Nota sui poteri e su taluni profili procedurali dell' attivitá delle Comissioni parlamentari d' inchiesta", cit., pp. 150 y ss; y CIAURRO, "Prassi e problemi del procedimento d' inchiesta parlamentare", en *Le inchieste delle Assamblee parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985, pp. 126 y ss. Los artículos del Código penal aplicables en Italia para la incomparecencia y el falso testimonio, son, respectivamente, el artículo 366 y el artículo 372; por ejemplo, la Legge 10 Aprile 1997, n. 97, que instituye la "Commissione parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attivitá illecite ad esso connesse", en su artículo 3, dispone que: "Para los testimonios prestados ante la Comisión, se aplican las disposiciones de los artículos 366 y 372 del Código penal"; y en el Reglamento Interno que regula el desarrollo de esta misma Comisión (Regolamento Interno, Discusso e approvato dalla Comissione nelle sedute dell' 8, del 15 e del 22 luglio 1997), en los artículos 14, 15 y 16, se detalla la aplicación de nuevo de los artículos 366 y 372 del Código penal italiano. En idéntico sentido, respecto de la incomparecencia y el falso testimonio, y en cuanto a la aplicabilidad de los artículo 366 y 372 del Código penal, puede verse, el artículo 3 de la "Legge 1 de octubre de 1996, n. 509" de "Istituzione di una Comissione parlamentare d' inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali similari".

[403] Vid., sobre la problemática de las comisiones de encuesta y la tutela de los derechos de los comparecientes, DE VERGOTTINI, "Las encuestas parlamentarias en la Constitución italiana", en *Revista de Política Comparada*, n. 10/11, 1984, pp. 240 y ss.

3. En España, las Comisiones parlamentarias de investigación disponen de una serie de facultades especiales, que se encuentran reguladas en la Constitución, en los Reglamentos de las Cámaras, en la L.O. 5/1984, y finalmente, en el Código penal. Pero sin duda, la competencia más llamativa de las Comisiones de investigación es la de convocar ante sí para que declaren a las personas que pueden aportar datos para el esclarecimiento de los hechos investigados[404]. A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno político, los poderes de las Comisiones de investigación no pueden ser equiparados en ningún caso a los de la autoridad judicial[405], y por tanto, no se pueden aplicar analógicamente las normas que regulan los procedimientos jurisdiccionales, y en especial, las normas del proceso penal[406]. En lo que a este estudio respecta, lo relevante de las Comisiones de investigación es sin duda, la potestad[407] de obligar a comparecer, bajo el apercibimiento de comisión de un

[404] Vid., TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, cit., p. 100.

[405] Vid., GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, cit., p. 230. En 1979 el grupo Parlamentario Socialista presentó una propuesta de ley sobre la obligatoriedad de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, que fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso el 20 de septiembre de 1979 (*BOCG*, Congreso, Legislatura Constituyente, n. 31, 20 de septiembre de 1979). De entre las previsiones del proyecto, merece destacarse lo dispuesto en su artículo 1, que atribuía a las Comisiones de investigación, "los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial", atribución suprimida tras el informe de la ponencia. Vid., detalladamente, sobre esta Propuesta de Ley, GUDE FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., pp. 233 y ss.

[406] A diferencia de lo que ocurre en Italia (artículo 82 Constitución italiana) o Alemania (artículo 44 Ley Fundamental de Bonn).

[407] Los poderes de las Comisiones parlamentarias de investigación, y en especial la facultad de requerir la comparecencia obligatoria de cualquier persona, han sido objeto de muy diversos análisis en la doctrina constitucionalista española, de forma general, vid., TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 267 y ss., y pp. 304 y ss; GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, pp. 230 y ss; TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, cit., pp. 89 y ss; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., pp. 163 y ss., y pp. 179 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., pp. 230 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno, vol. I*, pp. 426 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 39 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., pp. 172 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ,

delito, ante tales comisiones a sujetos ajenos incluso a la esfera gubernamental o parlamentaria. Y esto es destacable, por cuanto que el constituyente español no quiso[408], como sucede en ordenamientos como el italiano o el alemán, una equiparación de los poderes de las Comisiones de investigación y el Poder Judicial en fase instructoria[409].

El poder de requerir la comparecencia y el consiguiente deber de comparecencia viene establecido, en primer lugar en el artículo 76.2 de la Constitución, que dispone:

"Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación"

La previsión constitucional ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, que ya en su Preámbulo dispone que:

"Comisiones de investigación y de encuesta", en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa (Coord.), Vittoria, 1994, pp. 415 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995, pp. 179 y ss; MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación,* cit., pp. 50 y ss; SANTAOLALLA., *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación)*, Madrid, 1982, pp. 256 y ss; RODRÍGUEZ COARASA, "Actividad parlamentaria y proceso judicial: delimitación de competencias de las Comisiones parlamentarias de investigación, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 87, 1997, pp. 269 y ss; PÉREZ-UGENA y COROMINA.: "Comisiones de investigación y Poder Judicial: la intromisión parlamentaria", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 86, curso 1994-1995, pp. 414 y ss; CAAMAÑO, "Comisiones parlamentarias de investigación vs. Poder Judicial: paralelismo o convergencia (apuntes para su debate)", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario.* nº. 6, 1994, pp. 161.

[408] Aun cuando en el borrador del texto constitucional se preveía la atribución a las Comisiones de investigación de los poderes propios de las autoridades judiciales en relación con los particulares, el Anteproyecto remitido al Congreso no lo contempla y desaparece en el resto del debate constituyente toda referencia a esta cuestión, cfr., DICTAMEN *a requerimiento de la* Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, cit., pp. 151.

[409] Cfr. ÁLVAREZ OSSORIO-FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes generales*, cit., p. 163.

"La facultad de formar Comisiones de Investigación atribuida por la Constitución a las dos Cámaras de las Cortes Generales configura un deber constitucional cuyas condiciones de ejercicio aconsejan, para su más correcta efectividad, el desarrollo normativo de los supuestos y consecuencias del incumplimiento de sus previsiones […]. La presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de Investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave".

A esta ley deben añadirse, como bloque normativo, el artículo 52.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados:

"Las Comisiones de Investigación elaborarán un plan de trabajo y podrán nombrar Ponencias en su seno y requerir la presencia, por conducto de la Presidencia del Congreso, de cualquier persona para ser oída. Tales comparecencias se ajustarán a lo dispuesto en la Ley prevista en el artículo 76.2 de la Constitución[…]."

Y el artículo 60.2 del Reglamento del Senado:

"Las Comisiones de Investigación podrán requerir la presencia de cualquier persona para declarar ante las mismas con los efectos previstos en la ley que desarrolle lo dispuesto en el artículo 76.2, de la Constitución".

Finalmente, en el ámbito penal, el artículo 502.1 del Código penal establece que:

"Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años".

4. El artículo 502 del Código penal introduce un elemento que no habían previsto ni el artículo 76.2 del texto constitucional, ni la L.O.5/1984, y es la extensión del deber de comparecencia al ámbito de los Parlamentos Autonómicos[410]. Por tanto, en las Comisiones parlamentarias de investigación de

[410] En general, sobre los poderes de las Comisiones de investigación en las Comunidades Autónomas y los problemas que se generaban en cuanto a las (in)comparecencias

las Comunidades Autónomas la realidad normativa no coincide, ni de lejos, con el derecho aplicable a las comparecencias ante las comisiones de encuesta del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras[411].

El deber de comparecencia a requerimiento de una Comisión de investigación creada en el seno de una Asamblea Legislativa autonómica no encuentra su fundamento jurídico ni en la Constitución, ni en los Estatutos de Autonomía, sino que lo encuentra en los Reglamentos Parlamentarios Autonómicos[412]. Frente a tal realidad aparecen dos problemas, el primero es que, en palabras de SANTAOLALLA, las previsiones de los Reglamentos Parlamentarios nunca podrían alcanzar a sujetos extraños al Parlamento, máxime si se trata de imponer obligaciones […][413]; es decir, nos encontramos ante una norma cuyo ámbito material se circunscribe a la regulación de la organización y procedimiento interno del órgano que la dicta[414], y sin embargo va a afectar a sujetos extraños a las Cámaras como son todos aquellos que sean requeridos para

---

vid., NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 41 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", pp. 419 y ss; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., pp. 205 y ss; VÍRGALA FORURIA, "Las Comisiones parlamentarias en las Asambleas Legislativas Autonómicas", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº. 3, 1993, pp. 87 y ss; BASSOLS COMA, "Organización institucional y régimen jurídico de las Comunidades Autónomas", en *Vol. Col. Organización Territorial del Estado, Vol. I* . I.E.F., Madrid, 1984, pp. 189 y ss.

[411] Sobre todo, porque las normas reguladoras de las Comisiones de investigación, en el ámbito autonómico hay que circunscribirlas casi exclusivamente a los Reglamentos Parlamentarios de las correspondientes Cámaras Legislativas, ya que sólo alguno de los Estatutos de Autonomía hacen referencia a estos órganos parlamentarios. Los Estatutos de Autonomía de Asturias, Cantabria, Murcia, Valencia, Aragón, baleares, Castilla-La Mancha, sólo aluden a estas Comisiones para concretar que las mismas son permanentes, o en su caso, especiales o de investigación, vid., MASSÓ GARROTE, *Ob. cit*., p. 205 y nota 298.

[412] Así, la práctica totalidad de los Reglamentos Parlamentarios autonómicos, encomiendan a las Comisiones de investigación la facultad de requerir la presencia, por conducto del presidente del parlamento, de cualquier persona para ser oída, cfr., NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., p. 41.

[413] Cfr. SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1990, p. 421;

[414] Vid., NAVAS CASTILLO, *Ob. cit., loc. cit*.

prestar declaración. Por tanto, no puede olvidarse que el carácter inherente a los Reglamentos parlamentarios y su ámbito material, definido tradicionalmente sobre la base del concepto de los *interna corporis*, determina que sus prescripciones no puedan en ningún caso aplicarse a sujetos extraños a la relación política, sobre todo si se trata, como ocurre en el supuesto de la consecución de las comparecencias, de imponer obligaciones en sentido jurídico[415].

El segundo problema, consiste en que la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, delimitó su ámbito de competencia, y de él excluyó a las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas. Lo que implica que, en la interpretación del artículo 502 del Código penal, queda vedada la posibilidad de acudir a esta norma como criterio interpretativo. Esto viene reforzado por la siguiente situación:

En el transcurso del *iter* legislativo[416] de la L.O. 5/1984, se formularon cuatro enmiendas con idéntico contenido, cuya finalidad consistía en añadir un nuevo artículo con el siguiente texto:

> "Las previsiones y los supuestos contemplados en la siguiente Ley, referentes a la obligatoriedad de comparecencia ante las Comisiones parlamentarias de investigación, consecuencias jurídico-penal por incomparecencia voluntaria, forma y procedimiento de requerir, serán asimismo de aplicación en cuanto se refiere a la comparecencia ante las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas en el área de las competencias definidas por el respectivo Estatuto de autonomía".

Las enmiendas fueron rechazadas en votación conjunta, esgrimiéndose que el texto del Proyecto se refiere *única y exclusivamente a las Comisiones de investigación creadas en el seno de las Cortes* […]. Si al aprobarse la L.O.

---

[415] Vid. ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", cit., pp. 422-423.

[416] Vid., exhaustivamente, NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 42 y ss; EMBID IRUJO, "Los Parlamentos territoriales y los principios de su ordenamiento jurídico", cit., pp. 43 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, *Ob. cit*., pp. 423-425.

5/1984, se excluyó expresamente de su ámbito de aplicación a las encuestas parlamentarias autonómicas, en consecuencia, y como atinadamente advierte TORRES BONET[417], la ausencia de previsión normativa de esta cuestión no se debe a un olvido involuntario, sino a una decisión consciente del legislador.

Posteriormente, en marzo de 1985, el Grupo Parlamentario Popular, presentó en el Senado una Proposición de Ley Orgánica de Comparecencia ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del Estado Español, Proposición que no superó el trámite de toma en consideración[418].

El 16 de febrero de 1993, el Grupo Parlamentario Mixto del Congreso de los Diputados presentó una proposición no de ley instando al Gobierno a enviar a la Cámara un nuevo proyecto de Ley Orgánica, en el que se regulase jurídicamente la obligatoriedad de la comparecencia ante el requerimiento efectuado por las Comisiones de investigación constituidas en el seno de los Parlamentos autonómicos. Proposición no de Ley que tampoco llegó a prosperar[419].

El Código penal de 1995 viene a resolver, *sólo en parte*, la situación en el ámbito autonómico[420], esto es, establece la comparecencia como obligatoria, ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativa Autonómicas, no reconoce, sino que crea un deber jurídico-penal de comparecencia, ante tales

---

[417] Cfr. TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., p. 348.

[418] *BOCG*, Senado, II Legislatura, Serie II, núm. 237-a, de 2 de marzo de 1985. *Diario de Sesiones del Senado*, II Legislatura, núm. 113, de 27 de marzo de 1985.

[419] La documentación puede verse en NAVAS CASTILLO, *Ob. cit*., pp. 43-44; cita estos supuestos también, con referencias, ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", cit., pp. 423-424; ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997, pp. 66-67.

[420] Expone, ARCE JARÁNIZ, *Ob. cit*., p. 66, que la extensión del régimen penal a las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas, para superar un déficit funcional, había venido siendo una reclamación insistentemente sostenida, lo mismo desde la doctrina que desde el propio medio parlamentario.

Comisiones - ya que con anterioridad a la creación del artículo 502.1 del Código penal, tal deber, en el ámbito autonómico no existía - .Pero, y esto es fundamental, deja sin resolver el antiguo problema de la no aplicabilidad a las Comunidades Autónomas, de la L.O. 5/1984, que es precisamente la ley que regula las comparecencias. Con lo cual estamos ante un panorama normativo en las Comunidades Autónomas, que se caracteriza, por una parte, por carecer de una Ley Orgánica que regule el régimen de las comparecencias, y por otro, por la imposibilidad de aplicar analógicamente los preceptos de la L. O. 5/1984, puesto que, a falta de una disposición expresa, las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas Autonómicas han sido reiteradamente excluidas - como ha quedado demostrado - del ámbito de aplicación de dicha Ley Orgánica.

En definitiva, el Código penal (artículo 502.1) crea un deber jurídico-penal de comparecencia ante Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que antes no existía ni estaba reconocido en texto jurídico alguno, pero sigue faltando[421], para poder aplicar de manera correcta y garantista, desde el principio de taxatividad y seguridad jurídica, el artículo 502.1 a las Comunidades Autónomas, que una Ley[422], de manera equivalente a como lo hace la L.O. 5/1984 para las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, discipline los requisitos de validez en

---

[421] Advertía EMBID IRUJO, "Los Parlamentos territoriales y los principios de su ordenamiento jurídico", cit., p. 45, que: "Es posible que la Ley Orgánica 5/1984, no sea en su conjunto aplicable a la específica situación de los Parlamentos territoriales […]".

[422] Aunque resulta llamativo, que uno de los motivos por los que se rechazó la "Proposición de Ley Orgánica de Comparecencia ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del Estado Español", en el año 1985, fue: El carácter antiautonomista de la normativa propuesta, en primer lugar por incidir en la facultad de autoorganización de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; vid., al respecto, ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", cit., p. 424 y nota 115; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., p. 44; EMBID IRUJO, "Introducción al régimen jurídico de los Parlamentos Territoriales", cit., p. 188.

que han de producirse los requerimientos, y establezca un marco de garantías, para las comparecencias "autonómicas"[423].

3. La integración del obligado en la institución: los requisitos del requerimiento hecho en forma legal.

3.1. Introducción

El artículo 502.1 del Código penal establece lo siguiente:

"Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia […]".

El tipo penal aparece con una estructura característica y determinada, que no es nueva, pues es, a grandes rasgos, equivalente a la estructura de un delito de desobediencia, salvo que en este caso, la desobediencia lo es respecto de una "orden parlamentaria" en vez de serlo frente a la más común "orden administrativa".

El delito de incomparecencia, como se ha expuesto con anterioridad, constituye un delito de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional. Existe, en este delito, una forma particular de integrar al obligado en la institución, esto es, mediante un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento; si no hay requerimiento, o bien si éste no es válido, entonces no

[423] Lo cierto es que la tarea no está exenta de dificultades; examina este punto, EMBID IRUJO, "Introducción al régimen jurídico de los Parlamentos Territoriales", cit., p. 189, al estimar que no se ha podido encontrar un texto válido que resuelva tal cuestión. No lo era desde luego la Proposición de Ley de 1985, puesto que incidía en la misma autoorganización de la Asamblea. El reproducir por otra parte, el mismo texto que la Ley Orgánica nacional puede no ser apropiado, pues no se tiene en cuenta la limitación competencial de las Comunidades Autónomas, con la consiguiente restricción de las posibilidades de actuación de estas comisiones y hasta el círculo de afectados por sus llamamientos. Lo que se deduce de todo ello es la necesidad, una vez más de no reproducir miméticamente los planteamientos de las Cortes Generales sino encontrar […] lo adecuado y peculiar para cada Comunidad Autónoma.

se produce la integración del obligado en la institución, ni surge el deber positivo de comparecencia, ni se genera un especial status de testigo compareciente, del que a su vez deriva un rol especial - que obliga al cuidado solidario del bien o de la institución - , mediante el cual se crean, para la Comisión de investigación, expectativas de comparecencia y de veracidad, como concreciones de un deber de cooperación.

En las páginas siguientes se analizarán, por tanto, los requisitos legales que debe reunir el requerimiento, para que se produzca de forma eficaz la integración y la sujeción del obligado en la institución Comisión de investigación; puesto que sin un requerimiento en condiciones no se crea el deber concreto, y si no hay deber de comparecencia, difícilmente podrá darse un delito de incomparecencia.

3.2. Estructura de la norma penal que supedita su eficacia a la existencia de un requerimiento en forma legal

1. Nos hallamos ante una norma penal creada para reforzar y tutelar una "orden parlamentaria" (el requerimiento), que a su vez, debe su existencia para garantizar y asegurar el buen desarrollo de la función investigadora que tienen atribuida las Comisiones parlamentarias de investigación. La norma tutela una función instrumental, que además es requisito indispensable para la existencia misma de la institución. Dicho de otro modo, sin la comparecencia de personas ante una Comisión de investigación ésta no puede desarrollar su labor, y sin la existencia de un procedimiento investigador, la Institución misma no queda garantizada. La norma no protege tan sólo la orden o requerimiento parlamentario[424], no tutela una mera y abstracta "obediencia", sino que tutela un

[424] Sobre los riesgos de una progresiva asunción, por parte del Derecho penal, de una función simplemente sancionadora de las regulaciones extrapenales, vid., PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, cit., pp. 68 y ss.

interés[425], tutela la institución Comisión de investigación, y el correcto desarrollo de su función investigadora sobre un asunto de interés público, que sólo puede alcanzarse por medio de conductas o prestaciones[426] positivas de aquellos que ostenten el rol de ciudadanos colaboradores con las Comisiones de encuesta parlamentarias.

Existe una técnica de tipificación de las figuras delictivas que consiste en la incriminación de la inobservancia o la desobediencia a un requerimiento específico proveniente de una autoridad[427], y ese es el supuesto del artículo 502.1.

Puede distinguirse entre una tutela penal *genérica* a las órdenes o mandatos de una autoridad, como es el caso del artículo 556[428] del Código penal español, o del artículo 650[429] del Código penal italiano, en la que no se especifica en el tipo penal la concreta conducta exigida, ni se determina una concreta conducta infractora, simplemente se tipifica una sanción penal por una genérica desobediencia; y una tutela *específica*, es decir, de una orden concreta que

---

[425] Manifiesta PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980, p. 52, que la orden (el requerimiento), lejos de representar el objeto de la tutela penal, despliega una función que tiene una relevancia meramente interna en cuanto a la figura delictiva, como presupuesto de la conducta normativamente descrita. En otra parte de la misma obra, Petrone razona que la obediencia no es el objeto de tutela, no es un interés final; y que difícilmente puede asumirse, que el "hecho cometido" consista pura y simplemente en una negativa a obedecer a la autoridad, y que el valor sea un puro interés de respeto a las órdenes (p. 121 y nota 104).

[426] Cercano, PETRONE, *Ob. cit*., p. 177, y nota 38.

[427] Vid., PALAZZO, "I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 471-472, refiriéndose a la tutela de intereses instrumentales; en supuestos en los que lo que se tutela penalmente son las condiciones prodrómicas puestas para la salvaguarda de intereses finales.

[428] Artículo 556 Código penal: "Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".

[429] Artículo 650, Código penal italiano: "Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire quattrocentomila".

actuará como presupuesto[430] de la conducta delictiva; ejemplos de desobediencias específicas son (entre otros) los siguientes artículos del Código penal: 326 b)[431], 380[432], 463.1[433], y por supuesto el delito de incomparecencia previsto en el artículo 502.1.

Se observa un claro paralelismo estructural entre la tutela que se ha venido otorgando penalmente a las ordenes administrativas (o incluso judiciales[434], como en el artículo 463) y la tutela penal que mediante el artículo 502. 1 se concede a un específico tipo de orden, mandato o requerimiento parlamentario: como lo es el requerimiento de comparecencia ante una Comisión de investigación. No es casual que el legislador haya utilizado la palabra "requerimiento", que de nuevo contribuye a confundir poderes jurisdiccionales y poderes legislativos, ya que un "requerimiento" es un acto *judicial* por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar algo[435]. Un requerimiento es por tanto una norma de conducta, lo específico en el artículo 502. 1 CP es que la norma de conducta procede de una autoridad especial, que no es ni administrativa ni judicial, sino parlamentaria[436].

---

[430] En palabras de JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad. (Artículo 556 del Código penal)*, Valencia, 1997, p. 87, un presupuesto implícito para la existencia del tipo (del artículo 556 del Código penal que castiga la desobediencia grave) penal, es la existencia de una orden o directiva emitida por la autoridad o sus agentes.

[431] Artículo 326, b) "Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior".

[432] Artículo 380: "El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior..."

[433] Artículo 463.1: "El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado...".

[434] PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., pp. 14-15, estima que las ordenes jurisdiccionales no plantean tantos problemas, sobre todo porque la tutela penal suele darse hacia prestaciones obligatorias individuales y específicas.

[435] Cfr., *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*, 22ª. ed., 2001, p. 1953.

[436] Según lo dispuesto en el artículo 2.1 de la L.O. 5/1984, los requerimientos para la comparecencia los formula la Presidencia de la Cámara respectiva, o el Presidente del Congreso en caso de Comisiones de investigación mixtas.

La tutela penal del cumplimiento de las ordenes administrativas se lleva a cabo en nuestro ordenamiento, bien mediante la previsión de figuras delictivas específicas, o bien mediante la previsión de figuras genéricas[437]. En los supuestos de tutela específica[438] las normas contienen directamente la descripción de la conducta mandada o prohibida (en el caso del 502.1, la conducta exigida es la *comparecencia*, y la prohibida es la *incomparecencia*); mientras que en las hipótesis de tutela genérica la norma penal no presenta ningún contenido descriptivo (como en el artículo 556 del Código penal español, o el 650[439] Código penal italiano)[440]. Acertadamente ha señalado PETRONE, que existe una sustancial identidad estructural entre la tutela genérica y la tutela específica[441]. Los tipos penales que consisten en el incumplimiento o desobediencia de una orden administrativa (o parlamentaria en nuestro caso), cualquiera que sea su estructura ya sea genérica, ya sea específica, son reconducibles siempre a una única categoría: caracterizada en todo caso, por la incriminación del incumplimiento de un deber/prestación positivo o negativo previsto por la ley a favor de la administración pública (o del Parlamento en el caso de la incomparecencia)[442]. La problemática de tales figuras se centrará en la

[437] Las disposiciones de tutela genérica suelen considerarse por la doctrina como normas penales en blanco, vid., PETRONE, *Ob. cit*., p. 70, explicando que sobre la base de tal construcción, la conducta penalmente relevante no consistiría en un comportamiento, activo u omisivo dependiendo del caso, determinado - como sí sucede en relación a las normas que prevén el incumplimiento de una orden específica - , sino siempre en una omisión, es decir, en la desobediencia o transgresión de la prescripción administrativa, cualquiera que sea ésta.

[438] De hecho, en los supuestos de tutela específica, como en la incomparecencia parlamentaria, el delito se concreta en la infracción de un deber de prestación (comparecencia) particular o personal, que va unido a un específico y sustancial interés parlamentario, cfr., para la tutela administrativa, PETRONE, *Ob. cit*., p. 71, y p. 278.

[439] Vid., PECORARO-ALBANI, "Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1959, vol. II, p. 805.

[440] Para la distinción entre tutela genérica y tutela específica, vid., por ejemplo, CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, pp. 132-133; PETROCELLI, "Norma penale e regolamento", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959, pp. 377-379; PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., pp. 19-20, p. 60, p. 64, pp. 70-71, pp. 132 y ss., y pp. 278-279.

[441] Ampliamente, vid., PETRONE, *Ob. cit*., pp. 132 y ss.

[442] Así lo pone de relieve PETRONE, *Ob. cit*., pp. 278-279.

determinación del concepto de requerimiento o de orden, y en los requisitos de su legitimidad.

2. En la doctrina se ha debatido si la orden (el requerimiento) es un presupuesto del tipo, o bien si integra la norma penal misma. Así, PECORARO ALBANI[443], estima que la orden, el reglamento, la prescripción de la autoridad (el requerimiento hecho en forma legal) son elementos extraños al precepto penal, y constituyen sólo su objeto. Más específicamente, en cuanto que condicionan la acción prohibida , constituyen un presupuesto jurídico de la figura delictiva. En el mismo sentido, PETROCELLI, estima que la regla de conducta contenida en la orden (en el requerimiento) debe considerarse como un mero presupuesto del hecho para la entrada en acción de la norma penal, y no un elemento del hecho[444]. De otra opinión es CARBONI, expresando que la orden, el contenido de la obligación (o de la prohibición) por el efecto que desencadena (como consecuencia de su inobservancia) no puede considerarse tan sólo como presupuesto de la acción[445]. Para la interpretación del delito de incomparecencia, me parece más correcto configurar la orden, el requerimiento, como aquel elemento a través del cuál se vincula y se integra a una persona en una institución; el deber de comparecencia se concreta por medio del requerimiento, puesto que es éste último quien otorga un estatus especial a quien es convocado ante una Comisión de investigación. El requerimiento crea por tanto el estatus, la expectativa y el deber de comparecencia. La orden parlamentaria va a modificar la posición que el sujeto que la recibe ocupaba hasta entonces en el ordenamiento

---

[443] Cfr., PECORARO-ALBANI, "Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco", cit., p. 807.

[444] Cfr. PETROCELLI, "Norma penale e regolamento", cit., pp. 376-377.

[445] Vid., CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, cit., p. 169; vid., también pp. 165-170; en cuanto a la orden como presupuesto o como elemento del precepto penal, vid., PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., p. 11, p. 52, y pp. 58 y ss.

jurídico, va a modificar su estatus[446]; va a crear un vínculo especial y obligatorio, entre el sujeto y la institución[447]. El requerimiento y la integración actúan como presupuestos y requisitos necesarios, para que una posterior conducta de incomparecencia pueda llegar a tener relevancia penal. Como ha observado KAUFMANN[448], la validez de toda norma jurídica depende de "condiciones" situadas más allá de ella misma, que no afectan a la descripción del objeto de la norma. Ciertamente, a toda norma, a todo imperativo jurídico, le alcanza la pretensión de ser *vinculante*; precisamente eso es lo que le otorga carácter jurídico. Pero las condiciones, los presupuestos, las reglas de que depende la validez de la norma, y con ello, su existencia jurídica, preexisten a la norma y no son, por tanto, elementos del tipo delictivo[449].

Todas estas circunstancias, de las cuales depende el efecto obligatorio de una norma penal, no pertenecen indiscutiblemente al contenido de la norma, es decir, al tipo, sino que son presupuestos de su validez; y lo mismo rige con respecto a la legitimidad de la orden o requerimiento oficial y sus presupuestos.

El deber positivo de cooperar mediante la comparecencia, como deber de una prestación positiva, legalmente previsto en el artículo 502.1, tiene como

---

[446] Como observa ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, p. 37, normalmente en el caso de las órdenes, se trataría de una obligación de hacer, frente a la cual no se encuentra una mera expectativa, como ha afirmado algún autor, sino un auténtico derecho a la prestación que se refuerza con la amenaza de sanción en caso de incumplimiento.

[447] Todos estos extremos, pueden conceptuarse, también como presupuestos para poder calificar la conducta infractora (la desobediencia) como penalmente relevante.

[448] Vid., KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", Cuello (Trad.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 15-16. El autor explica que lo que parece tan claro respecto a la ley pasa desapercibido o es visto de otra manera cuando se trata de aquellos imperativos jurídicos cuya existencia se debe a la *orden* de una autoridad o de un funcionario (actos administrativo, órdenes funcionariales, mandatos militares, mandamiento judiciales, - y también requerimientos parlamentarios de comparecencia -). Las reglas de competencia son aquí más polifacéticas, complicadas y numerosas; por la misma razón los defectos de competencia son más frecuentes, como más frecuente es también el error sobre la obligatoriedad de tal imperativo jurídico (p. 16).

[449] Las reflexiones son de KAUFMANN, pero las recoge ROXIN, *Teoría del tipo penal*, cit., p. 20, al analizar la teoría de Armin KAUFMANN, sobre los elementos del deber jurídico. Ampliamente, vid., pp. 19 y ss.

correlato la existencia de un interés público. Para realizar ese interés, el ordenamiento ha recurrido a la coerción penal. Pero como requisito previo se necesita siempre una manifestación de voluntad[450] de un organismo o de un sujeto parlamentario. Y tal declaración de voluntad deberá plasmarse en un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento (artículo 502.1 C.P.).

3. El deber de comparecencia tiene por tanto como fuente y presupuesto, un requerimiento parlamentario hecho en forma legal y bajo apercibimiento. El requerimiento[451] (parlamentario) es equiparable, según entiendo, a una orden, y por ello muchas afirmaciones vertidas sobre el concepto de orden pueden ser, en este caso, trasladables al ámbito parlamentario. Un requerimiento parlamentario de comparecencia obligatoria[452] ante una Comisiones de investigación, es una orden o mandato, es decir, una manifestación de voluntad[453] que tiene como contenido la imposición de una determinada conducta - la comparecencia personal - , con base en una potestad que autoriza a un sujeto a imponer una orden de conducta, y que obliga a otro sujeto al cumplimiento amenazado

---

[450] Cfr., una enunciación similar en PETRONE, *Ob. cit*., p. 10.

[451] MESTRE LÓPEZ, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Barcelona, 1986, pp. 35 -37, estudiando los requisitos jurisprudenciales que deben darse para que concurra el delito de desobediencia del artículo 237 del Código penal (actual 556), expone que uno de ellos es que la orden se haga conocer por medio de un *requerimiento* formal. Es decir, se emplea el término *requerimiento* como el medio para dar a conocer al administrado la existencia de la orden. La doctrina del Tribunal Supremo es abrumadora en emplear el término *requerimiento*, como puede verse, entre otras muchas, en las Sentencias de19 de diciembre de 1983, 1 de junio de 1981, 8 de mayo de 1979, 11 de marzo de 1976, 30 de marzo de 1973, y 8 de julio de 1946.

[452] Además del artículo 76.2 de la Constitución, el artículo 1.1 de la L.O. 5/1984, establece la obligatoriedad de la comparecencia, al disponer que: "Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España *están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento* de las Comisiones de Investigación nombradas por las Cámaras Legislativas".

Y el artículo 2.1.c) de la L.O. 5/1984, establece que en los requerimientos se hará constar: "El lugar, el día y la hora en que haya de comparecer el requerido*, con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de desobediencia*".

[453] En general, sobre la orden como manifestación de voluntad, vid., ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, cit., pp. 55 y ss

coactivamente por una sanción[454]. La orden o requerimiento presuponen por tanto una relación de sujeción particular, aunque no permanente.

La orden en sentido técnico es mandato particular, imposición de una conducta singular en virtud de una potestad que habilita a un sujeto para dictar un mandato que constituye una obligación para el otro sujeto[455]. Como indica SANTORO, la normatividad de la orden consiste en la obligación que ella impone. En efecto, si ordenar es imponer según el derecho, la orden crea una obligación a cargo del destinatario (en nuestro caso la obligación de comparecer), lo vincula jurídicamente a una conducta (exige la comparecencia). No es posible que obligar a otros signifique obrar naturalísticamente. En definitiva, cuando se dice que la voluntad del dador de la orden vincula la del destinatario, no se emite un juicio susceptible de verificación empírica ni de contraste lógico-formal, esto es, un juicio cognoscitivo, sino un juicio de valor, cuya validez debe ser establecida en el ámbito de las exigencias conexas con la voluntad y la acción orientada socialmente[456]. Un concepto comúnmente aceptado[457] de orden (administrativa) es el que propone GALATERIA[458], para quien, una orden es una declaración de voluntad, emitida por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de la potestad ordenatoria administrativa, dirigida a imponer a un sujeto pasivo deberes inmediatos y directos, previa conminación de una medida jurídica

---

[454] Vid., para la noción y concepto de orden: DELITALA, "Adempimento di un dovere", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, 1958, pp. 569-570; ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, cit., pp. 21 y ss., y pp. 67-68; SANTORO, *L' ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, pp. 10 y ss; con amplias referencias, PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., pp. 154 y ss; VIAZZI, "Rifiuto di obbedienza all'autorità", en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XIV, parte II, 1906, p. 422; VENDITTI, "Disobbedienza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964, pp. 133-134;

[455] Cfr., SANTORO, *L' ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, p. 11; vid., también, PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., p. 155 en nota 8.

[456] Cfr. SANTORO, *Ob. cit*., p. 31; y ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, cit., p. 23.

[457] Lo pone de relieve, PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi* , cit., p. 158.

[458] Vid., GALATERIA, *Teoria Giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, p. 68.

en caso de desobediencia. Como se observa, también esta definición es fácilmente adecuable al ámbito parlamentario, puesto que la única diferencia apreciable es que una Comisión parlamentaria de investigación no posee una genérica potestad ordenatoria administrativa[459], sino un específico poder que comúnmente se ha venido denominando *the power to send for persons papers and records*.

Como expone ÁLVAREZ GARCÍA, la orden dictada por el titular del poder jurídico, significa dirigir a otro sujeto un mandato que, bajo la amenaza de una sanción en caso de incumplimiento - es decir, motivado por la presencia de una norma sancionadora - determina su conducta a través de una peculiar figura jurídica subjetiva: el deber[460]. Se produce un vínculo obligatorio previsto para la consecución de un interés público en el mantenimiento de la institución positiva. La relación se crea en términos correlativos de expectativas y deberes de prestaciones positivas (comparecencias), a través de las cuáles el interés debería alcanzar su realización. Por ello, PETRONE, ha llegado a afirmar, que la orden, en su funcionalidad típica, no es en ningún caso disociable de un deber (y de un correspondiente interés) de prestación[461]. Con el requerimiento de comparecencia

---

[459] El carácter cuasi-administrativo del requerimiento puede verse en las siguientes, y muy acertadas, apreciaciones del *Oberverwaltungsgericht Lüneburg* (Tribunal Administrativo superior (VG) de Lüneburg): Para este tribunal el apercibimiento para la comparecencia ante Comisiones de investigación a nivel de *Land* tiene, en primer lugar, una dimensión jurídica sin margen de dudas y con efectos externos al propio ámbito parlamentario. Sin desconocer que las Comisiones de investigación en cuanto parte integrante del Parlamento pertenecen a la potestad legislativa, y no al poder ejecutivo, para el VG de Hannover dicha circunstancia "no resulta decisiva, sin embargo, para la cualificación de su actuación...Más bien debe ser criterio a seguir la consideración del concreto acto de poder público (*Hoheisakt*): a un ciudadano se le dirige un deber de comparecencia, para cuya verificación se puede adoptar una medida de compulsión. Esto corresponde a lo que se entiende por actuación de índole administrativa,...y viene a ser calificado de acto administrativo, sin que quepa encuadrar a este tipo de medidas ni en el legislativo ni en la jurisdicción", cfr., GARCÍA PECHUÁN, "Extensión y límites de la actuación de las Comisiones de investigación parlamentarias de los *Länder* en la República Federal de Alemania (un análisis de jurisprudencia)", en *Revista General del Derecho*, nº. 615, 1995, p. 13100.

[460] Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, cit., p. 63. Aunque el autor distingue entre obligación y deber (vid., también p. 28), considerando que ambas figuras son distintas. No comparto tal opinión puesto que parto de la equivalencia entre los conceptos de obligación y deber; sobre la irrelevancia de la distinción, vid., apartado 1, del Cap. II, de la "Primera parte" de este trabajo.

ante la Comisión parlamentaria de investigación, se da el primer presupuesto para que una conducta desobediente del sujeto receptor pueda ser considerada ilícita. El requerimiento constituye el trámite mediante el cual se otorga al ciudadano un rol determinado, y un deber especial de comparecencia; si falta el requerimiento, no podría surgir expectativa alguna, pues tampoco podría surgir rol específico alguno, ni un deber de colaboración con la Comisión de encuesta parlamentaria mediante la comparecencia[462]. Si no se da el requerimiento, o no se da en forma legal o legítima, la desobediencia/incomparecencia no será punible.

4. El requerimiento deberá ser legítimo[463], esta una de sus características fundamentales, y concretamente deberá ser hecho en forma legal, como prescribe el artículo 502.1. Si falta algún elemento que permita excluir la "legalidad" o "legitimidad" del requerimiento, entonces no podrá darse el delito de incomparecencia, puesto que faltará un elemento del tipo[464]. El deber de comparecencia tiene como presupuesto y como presunción, la legitimidad de la orden[465]. La legitimidad, y la "forma legal" del requerimiento condicionan la

---

[461] PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., pp. 167-168, y p. 170.

[462] Vid., en la misma línea, pero en el ámbito jurisdiccional, supuestos equivalentes, en GERMANI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI, Torino, 1996, p. 98; y MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4ª. ed., vol. V, a cura di NUVOLONE, Torino, 1962, p. 738, observando que la citación o requerimiento conforme a la ley funda el deber para el sujeto; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones acerca de las obligaciones de comparecer al llamamiento judicial y de declarar o prestar informe a los testigos y peritos en causas penales", en *Revista General del Derecho*, 1999, p. 36.

[463] Como resume KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., p. 16, la eficacia jurídica de la orden depende de los hechos de que emana y de la competencia jurídica para obligar a otros de quien la da.

[464] También, CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, cit., pp. 140-141.

[465] Vid., para la ordenes administrativas, DELITALA, "Adempimento di un dovere", cit., p. 570, considerando que cuando el deber no deriva directamente de la ley, sino de la orden de una autoridad pública, será necesario distinguir según se trate de una orden legítima o ilegítima. Si la orden es legítima, *nulla quaestio*: la emanación de la orden no ha hecho más que concretar la voluntad de una norma jurídica; el cumplimiento de una orden legítima no es más que la ejecución, mediata o indirecta, de una norma. Para la legitimidad vid., también, PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, cit., pp. 21 y ss.

subsistencia del deber de comparecencia[466]. Sobre los requisitos de los mandatos, la doctrina administrativista destaca dos: la competencia y la forma legal[467]. El artículo 502.1 se refiere expresamente a la "forma legal" del requerimiento, si ésta faltara, el requerimiento dejaría de ser obligatorio, o cuanto menos, dejaría de ser penalmente relevante la incomparecencia. La jurisprudencia, por regla general, ha venido exigiendo los mismos criterios que la doctrina. Así, ya en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 1888, se vino a afirmar que: "No puede suponerse que existe desobediencia cuando no resulta comunicada de un modo oficial la orden que debiera ser obedecida, ni consta que fuera desobedecida cuando se hizo saber en forma al que debía cumplirla"[468]. Actualmente, los requisitos de legitimidad de una orden, han quedado establecidos, en la doctrina jurisprudencial, a grandes rasgos, de la siguiente manera: La STS de 5 de julio de 1989 declara que "desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la autoridad o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando, su legitimidad, el deber correlativo

---

[466] Próximo, PETRONE, *Ob. cit*., p. 54.

[467] Vid., QUINTERO OLIVARES, "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, pp. 68-69. En general, para los requisitos de los delitos de desobediencia en el Código penal español, véase, entre otros muchos, JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad. (Artículo 556 del Código penal)*, cit., pp. 90 y ss; CARBONELL/VIVES, en Boix Reig [et al.], *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Vives Antón (Coord), Valencia, 1996, p. 2087; SEGRELLES ARENAZA, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 1011; MIRANDA STRAMPES, en CRESPO BARQUERO [et al.], *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Serrano Butragueño (Coord.), Granada, 1999, p. 1922; CÓRDOBA RODA, "El cumplimiento de resoluciones judiciales y el delito de desobediencia", en *Actualidad Jurídica*, 1981, pp. 10-11;CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona 1978, pp. 521-522; MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LOPEZ, *Código penal Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1987, p. 577; CASARES VILLANUEVA, "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", en *Poder Judicial*, nº 40, 1995, pp. 67 y ss.

[468] Vid., GARCÍA Y ROMERO DE TEJADA, *De los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia*, Madrid, 1901, p. 102.

de acatamiento, deber que no surgirá si el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales"[469].

Los requerimientos, o comparendos, como órdenes específicas y concretas emanadas de un órgano parlamentario deben revestir unas determinadas características que pasamos a analizar a continuación.

3.3. El "requerimiento hecho en forma legal" como presupuesto de la conducta, requisitos legales de validez

Para crear un vínculo especial entre el obligado y la institución, debe darse como presupuesto de la conducta, en el caso de las Comisiones de investigación, un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento; por ello, pasamos a estudiar y fijar los elementos legales y formales que debe reunir un comparendo (requerimiento de comparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación) para que la incomparecencia pueda tener relevancia penal.

1. Desde el punto de vista de las garantías, en un marco penal, la forma del requerimiento tendrá una gran importancia[470], y por esta razón los requisitos que debe reunir el requerimiento han venido a regularse en una Ley Orgánica. Concretamente en la "Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras", en cuyo preámbulo se establece - como justificación de la creación de tal Ley Orgánica - que : "[…] sin perjuicio de las especialidades procedimentales establecidas en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, resulta necesario

[469] Vid., también las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1981; de 28 de enero de 1982; 19 de diciembre de 1983; de 10 de julio de 1992; y de 9 de mayo de 1994. Detalladamente sobre la Jurisprudencia referida vid., JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad. (Artículo 556 del Código penal)*, cit., pp. 91 y ss.

[470] Así, FERNÁNDEZ-VIAGAS, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", cit., p. 25, autor que por lo demás, y en la línea seguida en este trabajo, equipara conceptualmente, el requerimiento a un (textualmente): "mandato u orden dirigida por la Autoridad".

que la Ley fije el marco de garantías en que los supuestos sancionadores han de aplicarse. Por ello la presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de Investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave[471]".

Por lo tanto, la "forma legal" a la que se refiere el artículo 502.1 habrá que deducirla de lo dispuesto en el articulado de la L.O. 5/1984, y a ello habrá que añadir lo dispuesto, en el artículo 52.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados (modificado por la resolución de 16 de junio de 1994)[472].

2. En cuanto a la adecuación del requerimiento a las formalidades y requisitos[473], en primer lugar, el artículo 2. 1 de la L.O. 5/1984, dispone que:

---

[471] Actualmente, tal desobediencia grave se encuentra tipificada específicamente en el artículo 502.1 del Código penal, que debe ponerse en relación con el artículo 556 (en el que se regula la desobediencia grave "genérica").

[472] Un réplica exacta de un oficio de requerimiento concreto utilizado, por la "Comisión de investigación sobre la gestión de fondos asignados a la Guardia Civil mientras fue Director General don Luis Roldán", para requerir la presencia de las personas a las que se les solicitó su comparecencia ante dicha Comisión, puede verse en GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., p. 238.

[473] De forma general, en relación a los requisitos de los requerimientos, vid., entre otros: ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., pp. 189 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Ob. cit*., pp. 236 y ss; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 49 y ss; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno,* vol. I, cit., pp. 432-433; ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., pp. 178 y ss; ARANDA ÁLVAREZ, "El procedimiento en las Comisiones de investigación", cit., pp. 781-782; DICTAMEN, *a requerimiento* de la Comisión de investigación sobre incompatibilidades..., cit., pp. 137 y ss; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, cit., pp. 165 y ss; GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, cit., pp. 236-239; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 340 y ss; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", cit., pp. 25 y ss; ASTARLOA HUARTE MENDICOA/CAVERO GÓMEZ, "Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las Comisiones de investigación", cit., pp. 143-144.

"Los requerimientos para comparecer se formularán mediante citación fehaciente de la Presidencia de la Cámara respectiva o del Presidente del Congreso, en el caso de las Comisiones Mixtas de Investigación del Congreso y del Senado, en los términos establecidos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y en forma de oficio".

La forma del requerimiento es por tanto la de una *citación fehaciente*, pero no se detalla el procedimiento de citación[474]. La citación la formula la Presidencia de la Cámara (o el Presidente del Congreso, en el caso de las Comisiones Mixtas), lo que implica que son las Cámaras, y no la Comisión de investigación, las responsables y en quienes reside el poder de requerir[475]. Como afirma ARÉVALO GUTIÉRREZ[476], esta referencia es un imperativo de la propia Constitución, pues según el número 2 del artículo 76 es obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras, de donde se deduce que el único que puede ejercer tal facultad es su presidente, representante legítimo de la misma[477]. La legitimación activa corresponde pues al Presidente de la Cámara, y no al Presidente de la Comisión de investigación. Aunque este extremo parece contradecir el artículo 1.1 de la L.O. 5/1984, que dispone que:

---

[474] ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 189 y nota 62, expone que, en relación a la forma en que han de producirse las notificaciones de requerimiento, el texto aprobado por el Congreso de los Diputados el 11 de mayo de 1982, como *Proposición de Ley de Obligatoriedad de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras*, era mucho más exhaustivo que la vigente Ley Orgánica 5/1984. Así, el artículo 4 de la citada Proposición de Ley establecía: "En cuanto al modo y tiempo de efectuar la entrega de los requerimientos se estará a lo dispuesto en los artículos 170 a 174 y 176 a 180 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que sean aplicables".

[475] Vid., TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 340-341.

[476] Cfr., ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., p. 180.

[477] De otra opinión son SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1990, p. 422, al señalar que hubiese sido más operativo operar una desconcentración funcional en favor del Presidente de la propia Comisión investigadora; y NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 50-51.

"Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, *a requerimiento de las Comisiones de Investigación* nombradas […]"

De este enunciado legal parecería que quien tiene la potestad de requerir, y la consiguiente legitimación activa es la propia Comisión de investigación, y por tanto a ellas debería corresponder tal facultad a través de su Presidente[478].

3. Para el contenido del requerimiento hay que estar a lo dispuesto por la L.O. 5/1984, y por el artículo 52 del Reglamento del Congreso de los diputados. Si no se cumplen los requisitos legales, el requerimiento no será válido, no se producirá la integración a la institución, y la incomparecencia, puesto que no se habrá creado el deber positivo, no será delictiva en relación con el artículo 502.1 del Código penal. El artículo 2.1 de la L.O. 5/1984 exige los siguientes contenidos:

a) La fecha del acuerdo en virtud del cual se requiere y la Comisión de Investigación ante la que se ha de comparecer.

b) El nombre y los apellidos del requerido y las señas de su domicilio.

c) El lugar, el día y la hora en que haya de comparecer el requerido, con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de desobediencia.

d) El tema sobre el que deba versar el testimonio.

e) La referencia expresa a los derechos reconocidos en esta Ley al requerido.

El artículo 52.2 del RCD, tras la reforma de 16 de junio de 1994, incorpora un nuevo apartado b) con el siguiente tenor:

b) "En la notificación, el ciudadano requerido será advertido de sus derechos y obligaciones y podrá comparecer acompañado de la persona que designe para asistirlo".

[478] Ampliamente, sobre la polémica suscitada por esta contradicción, vid., NAVAS CASTILLO, pp. 50-53; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 190, quien propone una opción intermedia, que sería que el requerimiento fuera firmado no por el Presidente de la Cámara, sino por el Secretario General de la Cámara, por delegación.

4. En cuanto a los plazos: el plazo de antelación con el que deberá ser comunicado el requerimiento al obligado se regula en el artículo 2.2 de la L.O. 5/1984, y en la letra a) del reformado artículo 52.2 del RCD. Ambos preceptos son prácticamente idénticos, así el artículo 2.2 de la L.O. establece que:

"La notificación habrá de hacerse con quince días de antelación respecto de la fecha en que haya de comparecer el requerido. Cuando se considere que concurren circunstancias de urgente necesidad, podrá hacerse en un plazo menor que, en ningún caso, será inferior a tres días."

Por su parte, la nueva redacción del artículo 52.2, a), tras la reforma de 1994, queda configurado de la siguiente forma:

"La notificación del requerimiento para comparecer y de los extremos sobre los que se deba informar habrá de hacerse con quince días de antelación, salvo cuando, por concurrir circunstancias de urgente necesidad, se haga con un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días".

5. Para finalizar, hay que hacer referencia a la situación en el ámbito de las Comisiones parlamentarias de investigación creadas en el marco de un Parlamento autonómico[479], ya que el artículo 502.1 del Código penal también tipifica como delito la incomparecencia ante tales organismos. Pero existe un grave problema, ya que la forma legal del requerimiento y sus requisitos, en general, si bien están contemplados en la L.O. 5/1984, ésta no es de aplicación a las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas[480]. Y por tanto existe una total indefinición normativa para la determinación de los requisitos legales que debe respetar un requerimiento de comparecencia formulado en una Comisión de investigación de una Asamblea Legislativa autonómica.

Como se ha demostrado en páginas anteriores, la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del

---

[479] Como indica FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", cit., p. 26, frente a esta ordenación de detalle, en el caso de las Comunidades Autónomas, y ante la inexistencia de regulación específica sobre la materia, se hace preciso acudir a las previsiones que hayan podido desarrollarse en los propios Reglamentos de las Cámaras.

[480] Ampliamente vid., el punto 2 del Cap. III, de la "Segunda parte" de este trabajo.

Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, como su nombre indica, tiene un ámbito exclusivamente estatal y deliberadamente no tiene aplicación en el ámbito autonómico[481]. Es decir, si las condiciones del requerimiento legal están ya fijadas para las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras, en cambio las condiciones del requerimiento no están suficientemente fijadas para las Comisión de investigación de las Asambleas autonómicas, aunque sí que hay esporádicas previsiones en algunos Reglamentos parlamentarios autonómicos, o incluso en alguna Resolución de Presidencia de la respectiva Cámara[482].

ARCE JARÁNIZ[483], plantea el núcleo de la problemática[484] con las siguientes preguntas: ¿Qué tipo de norma es la que deba establecer las condiciones del requerimiento? ¿Reglamento parlamentario o Ley? ¿Norma estatal o autonómica?

---

[481] En el mismo sentido, vid., AGUILÓ LÚCIA, "El debate secreto en las Comisiones de investigación y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen", en *Parlamento y opinión pública,* Pau Vall (Coord.) Madrid, 1995, p. 205; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *Ob. cit*., p. 9, quien antes de que el Código penal de 1995 sancionara la incomparecencia ante Comisiones de investigación autonómicas, observaba, en relación a la aplicabilidad de lo dispuesto en la L.O. 5/1984 a las Comunidades Autónomas, lo siguiente: Tanto del tenor literal de la ley que limita expresamente su alcance de aplicación a las Cortes Generales, Congreso y Senado, como de la necesaria interpretación restrictiva que impone todo régimen sancionatorio, impide incluir en su ámbito las condiciones análogas cuando éstas se produzcan en el marco de las Comisiones de investigación del Parlamento de Andalucía.

[482] Puede verse toda la normativa autonómica relativa a los requisitos del requerimiento, que varía de uno a otro Parlamento, y que por su extensión no transcribiremos, en NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, cit., pp. 66-72.

[483] Cfr., ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", cit., p. 76.

[484] Una enunciación del problema que plantean los requerimientos de comparecencia en el ámbito autonómico puede verse en: ARCE JARÁNIZ, *Ob. cit*., pp. 75 y ss; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., pp. 316 y ss; NAVAS CASTILLO, *Ob. cit*., pp. 64 y ss; ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las Comisiones de investigación", cit., pp. 155-156; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 354 y ss; ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", cit., pp. 416 y ss.

La discusión excedería con mucho, el marco del presente trabajo, por ello me limito a tomar partido por la postura mantenida por ARCE JARÁNIZ, y posteriormente criticaré las contradicciones que se observan en quienes sostienen planteamientos diversos.

En opinión de ARCE JARÁNIZ, en cuanto a la primera disyuntiva (Reglamento o Ley para regular los requisitos del requerimiento) debe optarse por la Ley, puesto que al fijar las condiciones del requerimiento no se estará disciplinando únicamente un procedimiento parlamentario, *que es lo propio de los Reglamentos de las Cámaras*[485], además, se estará concretando el supuesto de hecho de un tipo penal, y en esa medida, el artículo 25.1 de la Constitución desemboca directamente en la Ley, a la que el Reglamento parlamentario, por equivalente que sea su prelación en el sistema de fuentes, no parece que pueda suplir en la consecución del principio de legalidad penal[486]. Pero el argumento que estimo de más peso es que en el plano de las Cortes Generales, las condiciones del requerimiento no se han confiado a los Reglamentos de las Cámaras y al contrario, se han dejado prescritas en la propia Ley Orgánica[487], y la regulación autonómica debería apuntar también en esa dirección.

Que el requerimiento se haga en forma legal es, según viene diciéndose, condición para que la incomparecencia sea sancionable penalmente. La sanción penal depende, pues, de la forma legal del requerimiento. Si la sanción es la misma, cualquiera que sea la Comisión de investigación, estatal o autonómica, de una Comunidad Autónoma o de otra ¿No debiera ser también la misma la forma legal del requerimiento? De no serlo, la sanción penal se activaría de modo también diferente: en Comunidades en las que los requisitos para el requerimiento fueran más laxos o menos garantistas, la sanción penal se

[485] Cfr., ARCE JARÁNIZ, *Ob. cit*., p. 76.

[486] ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", cit., pp. 75-76.

[487] En el mismo sentido, ARCE JARÁNIZ, *Ob. cit*., p. 77.

desencadenaría antes o con más facilidad que en Comunidades Autónomas en las que los requisitos fueran más rígidos o incluyeran mayores garantías[488]. Es muy posible que, en espera de una Ley Orgánica que regule las comparecencias ante Comisiones de investigación autonómicas, o en espera de una reforma de la L.O. 5/1984 que extienda su validez, también, expresamente, al ámbito de las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas autonómicas, nos hallemos, en cuanto al tipo que regula el delito de incomparecencia ante una Comisión de investigación autonómica, enfrentados a una ley penal en blanco.

Por último, debe señalarse que, si bien el Código penal ha extendido la sanción penal a la incomparecencia ante Comisiones de investigación autonómicas, no por ello ha transformado a la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, en ley aplicable analógicamente a las Comunidades Autónomas. El legislador ha excluido repetidas veces la posibilidad de extender la aplicación de la L.O. 5/1984 a las Comunidades Autónomas, y por tanto, hasta que no se determine su aplicación *de forma expresa mediante un nuevo precepto o disposición*, no se puede aplicar analógicamente para determinar un elemento típico, puesto que sería una analogía *in malam partem*, vedada por el Derecho penal.

Hay que tener en cuenta que al aprobarse la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, se excluyó expresamente de su ámbito de aplicación a las encuestas parlamentarias autonómicas.

Si tomamos como premisa el dato de la exclusión de aplicabilidad expresa, como consecuencia del rechazo de la enmienda (que pretendía la extensión autonómica), no veo como puede llegar a afirmarse, como hace por ejemplo, TORRES BONET, que: "[…] puede considerarse perfectamente válida la aplicabilidad de los requisitos establecidos en la L.O. 5/1984 a las

[488] De esta opinión es ARCE JARÁNIZ, *Ob. cit*., pp. 77-78.

comparecencias ante las Comisiones de investigación autonómicas […]"[489]. No creo que el artículo 502.1 del Código penal permita tal extensión. Y por tanto no puede afirmarse una cosa y su contrario; es decir no se puede mantener la no aplicabilidad de la L.O. 5/1984 a las Comunidades Autónomas (pues así lo decidió el legislador), y a la vez afirmar que sí es aplicable analógicamente.

Un argumento que me parece determinante es aquel que el propio legislador orgánico esgrimió para justificar la creación de una ley especial que regulase los requisitos de las comparecencias ante Comisiones parlamentarias de investigación. En el preámbulo de la L.O. 5/1984 se argumentaba que:

> "[…] sin perjuicio de las especialidades procedimentales establecidas en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, resulta necesario que la *Ley fije* el marco de garantías en que los supuestos sancionadores han de aplicarse. Por ello la presente *Ley* viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de Investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave".

El texto es claro y contundente, de forma tal que queda despejada cualquier duda: debe ser una *ley*[490] - y no un Reglamento parlamentario o una Resolución de Presidencia - , y concretamente una Ley Orgánica, la que regule las comparecencias ante las Comisiones de investigación de los Parlamentos autonómicos; en tanto no se promulgue tal ley, o en tanto no se modifique la L.O. 5/1984, extendiendo su ámbito de aplicación a las Comunidades Autónomas, no puede aplicarse el tipo penal previsto en el artículo 502.1 CP , en el caso de incomparecencias autonómicas, por falta de desarrollo legislativo que permita determinar exactamente el elemento típico "en forma legal".

---

[489] Así lo mantiene TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., p. 356; y un planteamiento similar es sostenido por GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., pp. 322-323.

[490] El propio Código penal parece apuntar en esta misma dirección cuando exige, en el artículo 502.1, que el requerimiento se haya hecho "en forma *legal*". Puede interpretarse que el Código penal, se está remitiendo únicamente a una Ley, y no a un Reglamento parlamentario o a una Resolución de Presidencia de algún Parlamento autonómico.

3.4. Conclusión

Como se ha expuesto con anterioridad en este estudio, en el caso de los deberes especiales por responsabilidad institucional debe existir, entre el autor - la persona requerida para comparecer y declarar verazmente ante una Comisión de encuesta parlamentaria - y el bien, una relación positiva, es decir, una dedicación no necesariamente interesada. Y a causa de esta comunidad le afectarán al autor expectativas/deberes especiales de comportamiento, debido a la función que se le prescribe al autor para que se adapte a la institución. Pues bien, si falta algún elemento o algún requisito de validez o legalidad en el requerimiento, no se producirá la relación entre el autor y la institución ya conformada, no adquirirá el estatus de testigo compareciente, y si no llega a generarse ese *status* especial, no podrán derivarse ni expectativas normativas de conducta, ni el deber de comparecencia, ni el deber de veracidad. El obligado (en abstracto) no queda integrado (en concreto) en la institución positiva Comisión parlamentaria de investigación.

4. La incomparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias como delito especial (en terminología actual como delito de "infracción de deber"); el sujeto activo de la conducta delictiva: el autor típico como obligado especial con un rol institucional

1. La naturaleza jurídica del delito de incomparecencia regulado en el artículo 502.1 del Código penal, no ha suscitado demasiadas dudas, respecto al tema que ahora nos ocupa, entre los comentaristas de la Parte especial que lo han analizado: para algunos se trataría de un delito común[491]; el resto no se pronuncia

[491] Para CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Vives Antón (Coord), Valencia, 1996, p. 1980, se trata de un delito común; en opinión de POLAINO NAVARRETE, en, CARMONA SALGADO [et al.], *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997, p 651, la norma incriminadora de

sobre este extremo[492]. No obstante, opino que, por diversos motivos, nos hallamos ante un delito especial (en realidad de "infracción de deber"), y a fundamentar y desarrollar esta afirmación se dedican las próximas páginas. Pero de manera previa, es conveniente aclarar dos posibles equívocos.

En primer lugar, el delito tipificado en el artículo 502.1 CP es un delito de desobediencia (grave), porque así lo establece su propio texto:

"Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión […] serán castigados *como reos del delito de desobediencia*".

En esta (criticable) remisión al delito de desobediencia, la doctrina mayoritaria[493] ha entendido que la remisión se refiere al artículo 556 del Código

---

la desobediencia parlamentaria por incomparecencia ante una Comisión de investigación de Cámara Legislativa configura un tipo de *delito común* (en cursiva en el original), de sujeto activo indiferenciado; en el mismo sentido, vid., PUYOL MONTERO, en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, vol. III, Conde-Pumpido Ferreiro (Dir.), Madrid, 1997, p. 4494.

[492] No se pronuncian, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.), Pamplona, 1999, pp. 1450 y ss; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1996, pp. 515 y ss; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1996, pp. 317 y ss; TABARES CABEZÓN, en GANZENMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA (Coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona, 1998, pp. 351 y ss; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, 2001, pp. 890 y ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Dir), Jorge Barreiro (Coord.), Madrid, 1997, pp. 1262 y ss. No son de extrañar, pues, las palabras de DEMURO, "Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 846, cuando señala que un dato cierto es que las figuras delictivas en las cuales el sujeto activo reviste una cualificación de orden normativo o naturalístico existen y son numerosísimas […]. Pero frente a tal riqueza de datos normativos, sorprende la pobreza y la escasez de la literatura sobre el tema de los delitos especiales.

[493] Así, CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, cit., p 1980; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 890; TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1451; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 318; REIG REIG, en *El Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, cit., p 1843; TABARES CABEZÓN, en, *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, cit., p. 353; PUYOL MONTERO, en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, vol. III, cit., p. 4494; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1263.

penal que regula la desobediencia "común", extremo que comparto[494], y no al artículo 410 CP que sanciona la desobediencia funcionarial. Pero que la sanción, como delito de desobediencia que es, se establezca mediante una conexión con el artículo 556 del Código penal, en el que se tipifica la "desobediencia común", no implica que el delito de incomparecencia sea un delito *común* y no un delito *especial*, sino tan sólo, que los sujetos activos del delito pueden serlo tanto particulares como funcionarios[495], como por otra parte establece expresamente el propio artículo 502.1 del Código penal.

En segundo lugar, el delito de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación contiene todas las características de un delito de desobediencia específica, ya que la conducta delictiva de incomparecencia, necesita como presupuesto, la existencia de un requerimiento/orden concreto realizado en "forma legal y bajo apercibimiento". El posible o potencial destinatario del tal requerimiento puede ser *cualquiera*; es decir, en principio no existe restricción alguna referente a los posibles sujetos pasivos de un requerimiento de comparecencia ante un Comisión de encuesta parlamentaria. Pero una vez establecida esta premisa, sí que se produce, justamente mediante la recepción de tal requerimiento, un cambio de status en quien es citado a declarar: la persona requerida por una Comisión de investigación, pasa a ostentar un rol específico, del que derivan deberes personalísimos, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, y pasa a ser un obligado especial. Es aquí donde se

[494] El legislador, sin embargo, podría haber sido más preciso, como en el artículo 380 CP en el que la (criticable) remisión no deja lugar a dudas interpretativas, pues se afirma expresamente que "...será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código". Puede deducirse por tanto, que en el artículo 502, la remisión quiso ser la misma que la del artículo 380, esto es, al artículo 556, que sanciona la "desobediencia grave". A pesar de lo dicho, estimo que la técnica de la remisión no parece adecuada, puesto que más sencillo más claro, y más respetuoso con el principio de taxatividad o suficiente determinación, hubiese sido la previsión, tanto en el caso del artículo 380, como en el del artículo 502.1, de una pena concreta y específica (aún cuando fuese la misma que la del artículo 556).

[495] Para el supuesto en que el delito de incomparecencia sea cometido por autoridad o funcionario público, el propio artículo 502.1 tiene prevista una agravación de la pena: con suspensión de empleo o cargo público.

produce una restricción y discriminación de los posibles autores de un delito de incomparecencia: *solamente quien previamente haya sido requerido por una Comisión de investigación podrá ser sujeto activo del delito, y por tanto nos hallamos ante un delito especial*. Así, queda reducido el ámbito de los posibles autores a aquellas personas citadas[496] para prestar su testimonio[497] ante una Comisión de investigación. En definitiva, cuando el legislador emplea la expresión "los que...", en el artículo 502.1 CP, no se está refiriendo a cualquier sujeto dotado de capacidad penal, sino sólo a aquella persona que se encuentra en determinada situación para poder ser requerida por una Comisión de investigación[498].

---

[496] Mantiene una argumentación muy similar, salvando las distancias, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974, p. 24, cuando al analizar el artículo 372.1 (del Código penal texto refundido de 1973), que se refería a las personas designadas para el desempeño de un cargo público obligatorio, afirmaba que: del tipo se desprende, que la necesidad de designación previa a la actitud negativa produce una absoluta limitación del ámbito de posibles autores. También califica sin duda alguna QUINTERO, el artículo 372.2, que regula la incomparecencia judicial de testigos y peritos, como delito especial.
Son totalmente acertadas tales caracterizaciones hechas por QUINTERO, pues de poco serviría afirmar que los delitos tipificados en el artículo 372 puntos 1 y 2 son "delitos comunes", con el argumento de que "cualquier persona" puede ser nombrada para un cargo, o que "cualquier persona" puede ser designada como perito o testigo.

[497] Una enunciación parecida, respecto del delito de incomparecencia ante una citación judicial tipificado en el artículo 463 del Código penal, entendiendo que se trata de un delito especial, puede verse en BENÍTEZ ORTUZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Madrid, 1999, p. 73; y CUERDA ARNAU, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Vives Antón (Coord.), Valencia, 1996, p. 1929. Mantiene una postura contraria, DE VERO, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, 1989, p. 833, y nota 14, en relación al artículo 366 del Código penal italiano, que es el que se aplica en caso de incomparecencia ante una Comisión de investigación en Italia, afirmando que se trata de un delito común, ya que afirmar que estamos ante un delito especial a la vista de la particular posición en que se encuentra el sujeto activo tras el requerimiento, reflejaría una concepción extremadamente lata del delito especial, más allá de una verdadera y particular cualificación subjetiva.

[498] Vid., en la misma línea, GERMANI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, Coppi (Dir.), Torino, 1996, pp. 93. También consideran que se trata de un delito especial por las razones aquí aducidas: PIFFER, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en DOLCINI/MARINUCCI, (a cura di) *Codice Penale Commentato*, *vol. II, Parte Speciale*, Milano, 1999, pp. 2086-2087; y PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, vol. II, Delitti contro l' amministrazione della Giustizia*, Milano, 2000, p. 57.

Desde un análisis formal-normativo, puede decirse que para proceder a la interpretación del delito previsto en el artículo 502.1 CP debe tenerse en cuenta la concurrencia de *dos normas primarias*, y no sólo de una, como en general sucede en aquellos delitos (la gran mayoría) cuya estructura no está supeditada a la existencia de una norma previa (la orden/requerimiento). De las dos normas primarias que convergen en este delito de incomparecencia, una es una norma primaria - parlamentaria - extrapenal: la que se infiere del requerimiento u orden de comparecencia; y la otra es un norma primaria penal, la que se infiere del texto del artículo 502.1. CP. La primera norma primaria (también cronológicamente) que debe ser analizada es la contenida en el requerimiento, y vendría a ser conceptuada de la siguiente manera: "tú ciudadano, que yo, (institución estatal investigadora parlamentaria) estimo que puedes contribuir mediante tu cooperación a un mejor desarrollo de mis funciones, *debes integrarte en la institución, y por tanto, quedas integrado y vinculado a ella de forma positiva*". Esta norma primaria, es una norma general, que puede dirigirse a cualquier persona, puede dirigirse a todos, y no existe (en principio) restricción alguna en cuanto a sus posibles destinatarios. Pero esta norma primaria extrapenal es sólo el presupuesto de una segunda norma primaria.

La segunda norma primaria, ahora sí, una norma primaria jurídico-penal inferida del artículo 502.1 CP, vendría a establecer lo siguiente: "tú, que has sido integrado (por la norma primaria extrapenal) en la institución, estás obligado (mandato) a comparecer ante la Comisión de investigación, y tienes prohibido (prohibición) no comparecer ante la Comisión de investigación; es decir, estás obligado a cumplir con las expectativas positivas de tu nuevo rol"[499].

[499] Estamos ante una norma condicionada, como pueden serlo también las órdenes de funcionarios públicos aseguradas con sanción penal, que exigen de los obligados una conducta determinada. La norma se condiciona de la siguiente manera: aquello que el subordinado a la norma debe hacer u omitir no se deriva (tan sólo) de la disposición general jurídico-penal (por ejemplo de los artículos 502.1; 463.1, o 380 del Código penal) sino de la orden estatal concreta, por ejemplo de comparecer ante una Comisión de investigación, de comparecer ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal, o de someterse a determinadas pruebas, vid., ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p 158.

Esta segunda norma primaria ya no tiene como destinatario a cualquiera, sino sólo a aquellas personas que previamente, y mediante la norma primaria extrapenal, han sido integradas en la institución[500]. Se produce, por tanto, una restricción *normativa* del círculo de posibles autores del delito, y por ello la incomparecencia/desobediencia del artículo 502.1. es un delito especial, y no un delito común.

2. Con anterioridad se ha expuesto cómo el artículo 502.1 CP, el delito de incomparecencia, tenía una particular estructura; y que tal estructura era la misma tanto para la desobediencia genérica (por ejemplo: artículo 650 Código penal italiano, o artículo 556 Código penal español), como para la desobediencia específica que es el supuesto analizado en el artículo 502.1. de nuestro Código penal. Esto nos lleva a afirmar que todo delito de desobediencia, ya sea genérica, ya sea específica, es un delito especial[501].

El sujeto activo del delito de incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación no se puede identificar adecuadamente sin tener en cuenta el requerimiento o la orden. Y aunque la formulación típica se inicie con la expresión "los que...", el delito puede ser perfectamente definido como

---

[500] Como expone MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cit., p. 732, refiriéndose al artículo 366 del Código penal italiano, aplicable a la incomparecencia ante Comisiones de investigación, si el sujeto debe ser llamado o requerido, por la autoridad, sólo adquirirá la especial cualidad en el momento de la orden o requerimiento, y no antes.

[501] Para los delitos de desobediencia, como delitos especiales, vid., CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, cit., pp. 183 y ss; ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, cit., pp. 191-196; JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, cit., pp. 48 y ss., aunque para la autora, el delito de desobediencia (del artículo 556 C.P.) es "de propia mano"; pero ello no cambia demasiado el concepto puesto que reviste similares características que los delitos especiales, a saber: la realización de una conducta personalísima, caracterizada porque sólo quien la lleva a cabo puede ser autor del delito, ya que la exigencia de realización personal y directa de la acción descrita en el tipo se deriva de la existencia de un deber altamente personal; MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, pp. 109 y ss; MORILLAS CUEVA, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal español, Parte especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 788; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2ª ed., Bologna, 1997, p. 345; BRICCHETTI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en DE FRANCESCO/FERRARO/TITO (Coords.), *Codice Penale*, Padovani (Dir.), Milano, 1997, p. 1383; GERMANI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, cit., pp. 93-94.

especial[502]. Si por delito especial se entiende aquel delito que sólo puede ser cometido por quien posee una especial cualidad o posición jurídica, entonces parece incontestable que el delito contenido en el artículo 502.1 CP debe ser calificado como delito especial, pues como señala QUINTERO OLIVARES[503], el camino para encontrar un concepto de delito especial no puede ser otro que el de, partiendo del principio básico de que el carácter esencial de los delitos especiales radica en que solamente pueden ser autores principales de los mismos un número determinado de individuos, buscar cuál es el criterio determinativo de una limitación de la esfera de sujetos activos.

El delito de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación *no puede ser cometido por cualquiera, sino sólo por aquél que al haber sido requerido en forma legal y bajo apercibimiento, se encuentra en una posición sobrevenida especial de deber*[504]. El delito sólo puede ser cometido por quien ostenta una especial posición jurídica[505], tras haber sido integrado en la institución positiva. En el caso del artículo 502.1 CP, la posición jurídica del sujeto activo es "especial" a causa de la necesaria relación que se genera entre el agente y el requerimiento[506], y también a causa de la particular situación que une al sujeto con el bien jurídico, o dicho de otro modo, a causa de la integración del obligado en la institución. Como resultado de tal integración[507] se produce un

---

[502] Apuntan la idea de que un delito puede ser *especial* aunque contenga la expresión "el que/los que", o en Italia "chiunque", CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, cit., p. 183; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 345; BRICCHETTI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", cit., p. 1383; GERMANI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, cit., p. 93.

[503] QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, cit., p. 14.

[504] Por esta razón, KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., p. 15, señala que la llamada "tentativa del autor inidóneo" es el acto de un hombre al que no alcanza deber jurídico alguno, no lesionando, por tanto, ningún deber jurídico.

[505] Vid., GERMANI, *Ob. cit*., *loc. cit*; BRICCHETTI, *Ob. cit., loc. cit*; FIANDACA/MUSCO, *Ob. cit., loc. cit.*

[506] Cfr., CARBONI, *Ob. cit*., p. 184.

[507] El sujeto deberá conocer su vinculación a la institución, deberá, mediante la recepción y comprensión del requerimiento, conocer las circunstancias que constituyen su

nuevo *status* jurídico del sujeto, del que deriva un nuevo rol, del que a su vez deriva un nuevo haz de derechos y deberes, así como un nuevo conjunto de expectativas. Y el delito de incomparecencia podrá ser cometido exclusivamente por quien tenga un deber positivo de comparecencia, pues sólo él[508] puede defraudar la expectativa positiva atribuida a su rol (de colaboración con la institución Comisión de investigación) específico.

A pesar del hecho de estar utilizando una terminología clásica como "delitos especiales", en realidad, y como venimos sosteniendo, el delito de incomparecencia ante una Comisión de investigación, se estructura mediante una relación positiva entre el sujeto y el bien[509], relación positiva que tiene como contenido mejorar el estado de una institución estatal o autonómica (una Comisión parlamentaria de investigación). Bien jurídico y autor se hallan unidos debido a una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), creada por el requerimiento. Existe una diferencia entre los deberes que competen a todos y de manera indiferenciada en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano; y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial[510]. Y como se ha visto con anterioridad, la infracción de los deberes derivados de un *status* especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber. La

---

cualificación especial de autor, deberá conocer su rol especial. Como expone KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 226-227, si esta cognoscibilidad no existe, el obligado tampoco puede saber que es sujeto de la norma, y con ello tampoco puede ser consciente de su deber, ni, por cierto, darle cumplimiento.

[508] Sin la cualificación del sujeto de la norma no surge deber alguno, cfr. KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., pp. 5-6.

[509] Visiones críticas de las relaciones entre sujetos activos con condiciones especiales y bien jurídico, pueden verse en FIORELLA, "Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolare condizioni personali", en AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985, pp. 193 y ss; DEMURO, "Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta", cit., pp. 863 y ss., y pp. 867 y ss; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, cit., pp. 564 y ss. Aunque pienso que las críticas no alcanzan al desarrollo dogmático aquí mantenido sobre la responsabilidad institucional y la relación positiva del obligado especial y la institución Comisión de investigación.

[510] Vid., sobre ello, ampliamente el punto 2, del Cap. II, de la "Segunda Parte". Vid., también por ejemplo, JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 13.

incomparecencia parlamentaria es un delito de infracción de deber; pues, como afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, aquéllos que en la antigua terminología se denominaban de forma visionaria "delitos *especiales*", son considerados hoy día como delitos de infracción de deber[511]. Tampoco debe olvidarse que el delito de incomparecencia es un delito de omisión en el que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional, y que también por eso es un delito de infracción de deber[512]. Como razona JAKOBS, en estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o contra determinados peligros, de forma solidaria[513]. Fundamento de la responsabilidad por la incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación es la vinculación institucional con el bien, y esta vinculación sólo la puede quebrantar el obligado/integrado/vinculado especial, pues sólo él es garante de la relación positiva.

3. En este estudio se ha demostrado que en el ámbito del Derecho penal existen obligaciones/deberes, ahora se analiza un supuesto delictivo en que

---

[511] Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., p. 12; Como señala JAKOBS, p. 620, existen delitos - que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación - cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como por ejemplo, la Administración de Justicia; también equipara JAKOBS, los delitos especiales y los delitos de infracción de deber, en p. 642; del mismo modo, vid., JAKOBS, "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", p. 88; y JAKOBS, "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", p. 105, donde afirma, simplemente, que los delitos de deber son delitos especiales. Para un análisis (crítico) de los delitos especiales en relación con los *Pflichtdelikte*, vid. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, cit., pp. 33 y ss., con profusión de referencias y autores.

[512] Ya GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 296-298, razonaba que: "Es cierto, en efecto, que en los delitos especiales la infracción del deber juega un papel destacadísimo. […] Por otra parte, hasta tal punto es esencial en los delitos de funcionarios la infracción de un deber, que no existe ninguna otra clase de delitos en nuestro Código en la que, con tanta frecuencia, aparezcan delitos de omisión propios (cuya esencia consiste, precisa y únicamente, en que el autor se limita a no hacer lo que un deber le ordena que haga)".

[513] Cfr., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/106.

determinados sujetos tienen unas obligaciones/deberes muy especiales, en virtud no de una cualificación naturalística, sino de una cualificación normativa - institucional - , de una especial posición jurídica[514], con un status/rol especial, y con deberes especiales[515]. El deber de comparecencia ante una Comisión de investigación, como deber positivo que es, y al contrario que los deberes negativos, no proviene del *status* general y común de la Persona, sino de una relación especial entre la persona requerida en forma legal y la institución positiva Comisión parlamentaria de investigación[516]. El titular del deber desempeña, en la estructura interna de la institución, un rol especial que le vincula de forma personalísima[517]. La postura aquí mantenida, y siguiendo a JAKOBS, es también, según entiendo, y salvando algunas diferencias terminológicas, cercana a las concepciones de WELZEL[518] y de KAUFMANN[519]. Para WELZEL, y desde el detenido análisis que sobre su teoría

---

[514] QUINTERO OLIVARES, *Ob. cit*., p. 34, diría que lo importante de la situación jurídica en que se encuentra la persona requerida por la Comisión de investigación, posee la virtud de separar desde el punto de vista jurídico-penal, o mejor, individualizar, a un miembro de la comunidad: por ello cabe pensar en la posibilidad de que la posición jurídica de ese individuo en la comunidad no sea igual a la de los demás súbditos del Estado.

[515] Una extensa exposición, y posterior crítica, de las teorías del injusto especial vinculadas a la idea de deber jurídico especial, puede verse en, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Barcelona, 2003, pp. 387 y ss. También se manifiesta en contra de la solución de definir los delitos especiales diciendo que son aquellos en los que el sujeto activo ocupa una especial posición de deber, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, cit., p. 17.

[516] Existe un evidente paralelismo entre el deber positivo de comparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación, y el deber positivo de comparecencia ante un órgano judicial; deber éste último contemplado en el artículo 410 de la LECrim: "Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, *tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar* cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley". Se trata en ambos casos de deberes positivos de ayuda y fomento, de colaboración con una institución estatal.

[517] Vid., sobre esto, de forma general, JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., p. 150, exponiendo que todos los roles que generan deberes positivos son características personales especiales.

[518] Una exposición y posterior crítica a las tesis de WELZEL, sobre el deber especial (en relación con los delitos especiales) puede verse en GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, cit., pp. 397 y ss.

[519] Un análisis de las tesis de KAUFMANN, sobre la teoría del deber especial, en relación con los delitos especiales, puede verse en GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*,

de los elementos de la autoría efectúa ROXIN[520], mientras la mayor parte de los delitos pueden ser realizados por todas las personas, hay sin embargo un número de prescripciones penales en las cuales el círculo de quienes pueden ser autores está limitado a los individuos que posean deberes especiales particulares, específicos o de mayor intensidad. El legislador caracteriza a las personas a las cuales se les imponen deberes especiales mediante los llamados " elementos de la autoría", tales como por ejemplo, "funcionario" o "testigo"[521]. Según WELZEL, en todos los delitos cuya comisión presupone un deber especial (como padre, como compareciente ante una Comisión de investigación, como testigo ante una Comisión de investigación, como médico, como abogado, etc.) la lesión del deber jurídico fundamenta la antijuridicidad, y por tanto no es un elemento del tipo[522].

Para KAUFMANN[523], la norma concretada en deber que prescribe a un individuo totalmente determinado un comportamiento también totalmente determinado, se designa como "deber". Mientras en la mayoría de los casos - en las llamadas normas generales - sólo se requiere la capacidad de acción para la concreción de la norma en deber, existen otras normas - las llamadas normas especiales - en las cuales la capacidad de acción es insuficiente por sí sola para la determinación del deber. En estos supuestos se requiere un elemento ulterior caracterizador del sujeto: los llamados elementos de la autoría. Entran aquí en consideración aquellos tipos penales que no pueden ser ejecutados por cualquier persona, es decir, los delitos especiales[524]. Para nosotros, los delitos de infracción

---

cit., pp. 407 y ss; y en DEMURO, "Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta", cit., pp. 860 y ss.

[520] ROXIN, *Teoría del tipo penal*, cit., pp. 3 y ss., y *passim.*

[521] Exhaustivamente vid., ROXIN, *Teoría del tipo penal*, pp. 10-12.

[522] Cfr., ROXIN, *Ob. cit*., pp. 10-11.

[523] Vid., ROXIN, *Ob. cit*., pp. 22 y ss.

[524] Cfr., ROXIN, *Ob. cit*., p. 23; vid., también KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 175 y ss.

de deber. Tanto KAUFMANN, como WELZEL, se pronuncian por un tratamiento especial de los elementos de la autoría[525]: ellos no pertenecen al tipo penal, sino que fundamentan el deber jurídico[526].

4. En el delito que nos ocupa - y también en general en los delitos de infracción de deber - el sujeto activo no sólo es el portador de un rol especial y por ello portador de un deber especial, sino que también es el titular de una relación jurídica muy especial con el bien o con la institución. El sujeto activo está relacionado con el bien de una forma positiva. El testigo compareciente (incluso a su pesar) tiene, debido a su especial posición de deber[527], un deber especial (que no incumbe a todos); tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto del bien jurídico, que debido a su especial estatus, es de su competencia. Este deber positivo especial nace de su integración en la institución y de su rol especial de obligado cooperador[528]. Se produce una conexión "especial" entre el autor, la institución y el deber[529]. El compareciente tiene una relación especial con el bien jurídico; de su posición especial en el ordenamiento jurídico y de la relación especial con el bien: surge un deber especial de colaboración y auxilio

---

[525] Una de las últimas reflexiones de KAUFMANN, sobre los elementos de la autoría, puede verse en "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., pp. 12 y ss., artículo que fue publicado poco antes de su muerte en 1985. Sus reflexiones anteriores sobre las normas especiales, encuentran su ubicación, fundamentalmente, en su libro *Teoría de las normas*, pp. 175 y ss.

[526] Vid., ROXIN, *Ob. cit*., cit., p. 24.

[527] De modo general, observa KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 180, que en los casos de normas especiales el sujeto de la norma se caracteriza por un deber especial, y es lo que KAUFMANN denomina "posición de deber".

[528] La cualificación especial, la vinculación con la institución no hace falta que sea permanente; el rol especial puede tener, como en el caso del testigo compareciente, una duración limitada; el *status* especial es una nota que debe ser únicamente exigible al tiempo de la realización del tipo; en el mismo sentido, analizando específicamente la calidad de "testigo", vid., QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, cit., pp. 18-19.

[529] No sólo se da un "deber especial"; sino que además existe una "relación especial con el bien jurídico", y una "posición especial en el interior de la estructura de la institución"; sólo desde estas premisas puede generarse la expectativa o su posterior defraudación.

con la institución[530] (no se trata de no lesionar -relación negativa - , aunque también, sino básicamente de ayudar -relación positiva -)[531] que se concreta en un deber personalísimo de comparecencia que sólo él puede cumplir. El autor es el garante de la protección del bien, de su conducta dependerá que la institución pueda desarrollar su función; es decir, el sujeto activo especial es garante del funcionamiento y existencia del bien o institución. La institución Comisión parlamentaria de investigación depende, en sí misma y para su existencia, de la cooperación de determinadas personas, y por ello, normativamente, se establecen relaciones institucionales positivas y muy especiales.

Los deberes y expectativas de contenido positivo y específico, implican como requisito necesario, la existencia de un autor que desempeñe un rol especial, y por ello están referidos a personas que en el ordenamiento jurídico ostentan un estatus especial[532]. Como ya se ha afirmado, la decepción de la expectativa, la infracción de tales deberes positivos configura los denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*). En el ámbito de una Comisión de investigación Parlamentaria, el *status* de testigo-compareciente, viene integrado por una institución ya regulada y preformada. Ya (pre)existe una especial relación entre el autor y el bien con anterioridad a la comisión del hecho delictivo, y por ello la responsabilidad se determinará por el estatus; a diferencia de los delitos de organización, en los que no existía previamente relación alguna entre el autor y el bien, sino que ésta surge, justamente por medio de la conducta

[530] El autor está unido con el bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidad y fomento, esto es, mediante un deber especial - delitos de infracción de deber - , cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., p. 11.

[531] Desde premisas distintas, QUINTERO OLIVARES, *Ob. cit*., p. 39, llega a conclusiones muy similares cuando expone que: "El legislador, a partir del dato proporcionado por la posición concreta de un individuo en la sociedad hace caer sobre el mismo la responsabilidad "principal" de *salvaguarda* de un determinado bien jurídico".

[532] Vid., por ejemplo, JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., p. 42; y LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 107.

delictiva; en los delitos de organización, la responsabilidad se determina por la extensión indebida de un ámbito de organización (y no por un estatus especial).

El *status* especial, de testigo colaborador con una Comisión de investigación, se produce cuando el deber sancionado jurídico-penalmente integra al obligado en la institución[533]. Como base de partida, las reglas de la institución sólo las puede vulnerar quien está sujeto a ellas, es decir, el obligado especial[534]; ello es debido a que el deber institucional es un deber altamente personal que se contrae mediante un acto especial y también altamente personal[535]. El acto jurídico especial mediante el que se contrae el deber, es, en el supuesto de la integración a la Comisión de encuesta parlamentaria, el requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento. Se configuran así dos expectativas, y dos deberes positivos personalísimos, como son la comparecencia y el testimonio veraz, en el marco de un procedimiento parlamentario investigador, y con ello dos delitos de infracción de deber.

No se puede abandonar, para el análisis de la figura delictiva, el hecho de que el delito se produce en un ámbito ya configurado normativamente, como lo es una investigación parlamentaria, ni se puede ignorar la especial posición que ocupa el compareciente en el interior de tal proceso. Aquella persona que es requerida por la Comisión de investigación, pasa a ostentar una posición institucional, una posición de garante de competencia institucional, pues se trata de una relación social para la que no existen alternativas de organización[536].

---

[533] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 25/46.

[534] Vid., JAKOBS, *Ob. cit*., 25/47.

[535] Vid., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p.70.

[536] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/58; Ampliamente coincidente en este punto de análisis, PÉREZ DEL VALLE, "La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal. (Acerca de la crítica a la teoría de los bienes jurídicos desde la Parte especial del Derecho penal)", en *La Ley*, 1997, pp. 1835-1836.

5. En los delitos de omisión propia (como es el caso del delito de incomparecencia regulado en el artículo 502.1 CP) se da, de nuevo, una especial conexión con los delitos especiales y con una especial posición de deber del sujeto activo. Y así, los delitos de omisión caracterizados por la concurrencia de especiales deberes son considerados como delitos de infracción de deber[537] (y no de dominio del hecho o en virtud de la propia organización). En opinión de QUINTERO OLIVARES, se da un importante grupo de delitos en los que, según autorizados sectores doctrinales, asistidos de razón, el autor se encuentra en una "especial" posición de deber en comparación con el resto de ciudadanos. Así acaece, se dice, en los delitos de omisión[538]. Según QUINTERO OLIVARES, debido a la existencia de un deber jurídico especial, se presenta aparentemente un punto de coincidencia conceptual entre los delitos especiales y aquellos de estructura omisiva, y afirma que el tema es de gran interés desde el momento en que existe un hecho cierto: el autor del delito omisivo está en una concreta situación de deber[539]. También NUVOLONE ha visto la relación entre delitos de omisión, delitos especiales y posición de deber[540]. Puede intuirse en las observaciones del autor, que también, aunque sin referirse expresamente a ellos, cobran importancia los deberes positivos y con ellos los delitos de infracción de deber en la sociedad actual; al menos eso parece cuando NUVOLONE afirma que el Estado actual impone a los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas para alcanzar objetivos que el Estado ha asumido como propios[541]. Con ello se reduce el espacio de libertad y el Derecho penal asume deberes

---

[537] Sobre la omisión y los delitos de infracción de deber, vid., por ejemplo, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 703 y pp. 706 y ss., y admitiendo la plausibilidad de la distinción propuesta por JAKOBS (en pp. 708-709); vid., también, en especial, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/106.

[538] Cfr., QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, cit., pp. 20-21.

[539] Cfr., QUINTERO OLIVARES, *Ob. cit., loc. cit.*

[540] NUVOLONE, "L'omission dans le droit pénal italien. Considérations générales introductives", cit., pp. 1030-1031.

[541] Cfr., NUVOLONE, *Ob. cit*., p. 1030.

promocionales que eran extraños a su naturaleza; pero esto entra dentro de la lógica de un Estado que tiende a considerar como suyas, o al menos como de interés público, numerosas actividades[542]. En el ámbito de la omisión es fundamental la cualificación subjetiva del autor, así como la existencia de un deber positivo de actuar, y una relación positiva (no simplemente negativa) con el bien. En este sentido, SGUBBI, advierte, de manera acertada, que en la omisión, el deber de actuar positivamente se configura por medio de un rol específico, rol que ostenta el sujeto: no se trata pues de dirigir autoritariamente la libertad de un individuo, sino de disciplinar las competencias de su rol[543]. En el caso del delito omisivo de incomparecencia ante una Comisión de encuesta parlamentaria, entre el sujeto activo y la institución (y el bien jurídico) existe un vínculo positivo: sólo determinadas personas tienen una posición jurídica especial que les obliga al cuidado y fomento del bien, sólo ellas se encuentran en una posición especial de deber derivada de su rol institucional, sólo ellas pueden infringir ese deber personalísimo, y por tanto sólo ellas pueden cometer el delito y defraudar la expectativa.

Para finalizar con un ejemplo: *todos* tienen el deber negativo, de no colocar una bomba que haga saltar por los aires el edificio del Congreso[544]; pero *sólo* quienes hayan sido citados en forma legal, y estén *integrados* en la institución, y ostenten un rol institucional específico, tienen el deber positivo de cooperar y auxiliar a la institución mediante su comparecencia y posterior declaración veraz ante una Comisión de investigación del Congreso de los Diputados[545].

---

[542] NUVOLONE, *Ob. cit., loc. cit*., manifiesta que esto, unido a los cada vez más complejos mecanismos de intercomunicación social, impone al legislador la necesidad de exigir reglas de comportamiento cuya infracción puede constituir fácilmente un delito de omisión. También se observa una referencia explícita a la relación entre la omisión, una específica relación jurídica y los deberes positivos en SGUBBI, *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., pp. 22-23.

[543] Vid., SGUBBI, , *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., pp. 62-63.

[544] La relación institucional negativa la puede dañar cualquiera (basta con tener el rol mínimo de persona)

[545] La relación institucional positiva sólo la puede dañar el obligado especial, el titular del deber positivo.

5. Algunas observaciones sobre los sujetos requeridos a comparecer

5.1. Panorama general y normativa aplicable

1. Las Comisiones de investigación se caracterizan por el hecho de poder requerir la comparecencia de personas. El carácter obligatorio de tales comparecencias se establece en el artículo 76.2 C.E., y queda elevado al rango de deber[546] constitucional. Es una opinión mayoritaria en la doctrina considerar que la obligación de comparecer prevista en la Constitución tiene un carácter general[547], y en principio cualquier persona, sin excepción, debe acudir a requerimiento de las Cámaras. La amplitud y el alcance de la obligación suele deducirse, en primera instancia, de un estudio sistemático del propio artículo 76.2 de la Constitución, así, como afirma SANTAOLALLA:

"Esta obligación de comparecencia tiene carácter general, pues ni la norma transcrita (art. 76.2 C.E) la limita a ninguna categoría de personas, ni la misma se incluye en el Título V referente a las relaciones Cortes-Gobierno, sino en el Capítulo de normas generales sobre las Cámaras del Título III. Así pues, esta obligación afecta formalmente a los particulares, sean españoles o extranjeros residentes en el país, y a toda clase de autoridades y funcionarios".[548]

A esto debe añadirse que en el texto del Anteproyecto el artículo 67.2 (actual artículo 76 CE) fue objeto de una enmienda por parte del Sr. López Rodó, en representación del Grupo Parlamentario Alianza Popular, que pretendía limitar la

---

[546] Vid., ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., p. 174.

[547] Cfr., SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, cit., p. 256; NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria*, cit., p. 45; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 184; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., p. 308; ARÉVALO GUTIERREZ, *Ob. cit*., p. 175.

[548] Cfr., SANTAOLALLA, *Ob. cit*., p. 256; siguen este mismo criterio interpretativo, ARÉVALO GUTIERREZ, *Ob. cit*., p. 175; y TORRES BONET, *Ob. cit*., p. 309.

extensión subjetiva de la obligación de comparecencia, y cuyo contenido era el siguiente:

"Los españoles mayores de edad vendrán obligados a comparecer a requerimiento de las cámaras"[549]. La justificación de esta enmienda residía, según su autor, en que "la comparecencia no puede ser obligatoria para los extranjeros residentes en España, ni para los menores de edad."

La enmienda fue rechazada[550] por mayoría en la Ponencia constitucional, y el artículo 76.2 CE quedó redactado con el texto actualmente vigente, pero como expone GARCÍA MAHAMUT, resulta suficientemente ilustrativa en la medida en que al constituyente no se le pasó por alto la opción de concretar *quiénes* debían estar vinculados por la obligación de comparecer a requerimiento de las Cámaras[551]. El carácter impersonal con que el constituyente fija el mandato de comparecer pone de manifiesto su intención de no dejar fuera del alcance del deber referido a ninguna persona o grupo de personas[552]. Este alcance general sigue estando presente en el artículo 52.2 del RCD, que dispone que:

"Las Comisiones de Investigación elaborarán un plan de trabajo y podrán nombrar Ponencias en su seno y requerir la presencia, por conducto de la Presidencia del Congreso, de *cualquier persona* para ser oída […]".

Por su parte el artículo 60.2 del RS establece una regla muy similar al contemplar que:

"Las Comisiones de Investigación podrán requerir la presencia de *cualquier persona* para declarar ante las mismas […]".

---

[549] Cfr., *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Madrid, 1980, p. 403. Más referencias sobre tal enmienda pueden verse, por ejemplo, en GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, pp. 232-233; NAVAS CASTILLO, *Ob. cit*., p. 45; TORRES BONET, *Ob. cit*., p. 309.

[550] Cfr., *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, cit., p. 403.

[551] Vid., GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., p. 233.

[552] Cfr., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 184.

El artículo 1.1 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, es un poco más preciso y dispone que:

"Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento de las Comisiones de Investigación nombradas por las Cámaras Legislativas".

Finalmente el artículo 502.1 del Código penal[553], empieza con la expresión: "Los que habiendo sido requeridos […]".

De todo este elenco legislativo puede deducirse que el deber de comparecencia tiene una vocación, en su ámbito subjetivo, muy amplio y general. No obstante también pueden ser analizados algunos supuestos más específicos de comparecencia.

5.2. Supuestos específicos

5.2.1. El rey y otros supuestos de altos cargos institucionales

[553] MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, en unas crónicas de "opinión" aparecidas en *La Voz de Galicia*, los días 2 de febrero de 2003, 6 de febrero de 2003, 9 de febrero de 2003 y 16 de febrero de 2003, sobre responsabilidades penales por incomparecencia en la Comisión de investigación del "Caso Prestige", planteaba, a grandes rasgos, lo siguiente: Cualquier persona puede ser requerida por una Comisión de investigación de ámbito autonómico, puesto que del tenor literal del artículo 502.1 no se observa ninguna posible restricción subjetiva. No cabe por tanto alegar, que los funcionarios o autoridades que se hallen vinculados al ejercicio de competencias estatales no tienen el deber de comparecer, basándose en que el Parlamento de Galicia no ostenta potestad para requerir la comparecencia de dichas personas, puesto que tal potestad sería competencia del Estado. Para MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, según el artículo 502.1 cualquier ciudadano español puede ser sujeto activo de este delito, no existiendo por tanto ninguna limitación subjetiva que deje fuera del círculo de sujetos activos (respecto de las Comisiones de investigación de ámbito autonómico) a las personas que desempeñen funciones estatales. Según el autor, no existen limitaciones subjetivas entre el Estado central y las Comunidades Autónomas a la hora de requerir cualquier tipo de comparecencia, puesto que el artículo 502.1 tiene un alcance general (sin ninguna posibilidad de restricción subjetiva).

1. La doctrina[554] coincide en excluir al rey de la obligación de comparecer, en virtud de la declaración de inviolabilidad contenida en el artículo 56.3 del texto constitucional.

2. Si bien hay consenso en considerar que el monarca no estaría obligado a comparecer ante una Comisión de investigación, quedan por analizar aquellos supuestos de exenciones a la comparecencia, en los llamamientos judiciales[555], previstos en los artículos 411 y siguientes de la LECrim. Algún autor, como MARTÍNEZ ELIPE[556], considera que son de aplicación los artículos 411 y 412 de la LECrim, sin más, a las comparecencias parlamentarias obligatorias, y que por tanto existe toda una serie de personas que estarían exentas de comparecer, o bien que podrían declarar según un régimen especial. No puede compartirse esta interpretación, ya que la aplicación por analogía de las reglas que regulan el proceso penal, sólo podría darse si la Constitución o alguna ley hubiese previsto que las Comisiones de investigación tuvieran los mismos poderes y las mismas limitaciones que los órganos jurisdiccionales[557]. Supuesto que, a diferencia de lo establecido en Italia o Alemania, no sucede en España. Como señalan

---

[554] Vid., SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, cit., p. 256, en nota 29; ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., p. 176; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 312-313; GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., p. 234; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 185; MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno*, cit., p. 431.

[555] Vid., ampliamente, sobre los sujetos activos del delito de incomparecencia ante citaciones judiciales, BENÍTEZ ORTUZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, cit., pp. 73 y ss.

[556] Cfr., MARTÍNEZ ELIPE, *Ob. cit*., p. 431.

[557] Examina este punto claramente SANTAOLALLA, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, cit., p. 256, en nota 29, cuando razona que si se otorgan a las Comisiones de investigación los mismos poderes y limitaciones que a los jueces (extremo que no se da en la legislación española), estarían excluidas de comparecer las personas relacionadas en los artículos 411 y 412 de la LECrim. Vid., en el mismo sentido, GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., pp. 234-235.

ASTARLOA/CAVERO, la posibilidad de hacer comparecer, bajo sanción penal a cualquier sujeto, se enuncia como un deber subjetivamente más extenso incluso que el que se prevé en los artículos 410 y siguientes de la LECrim en el ámbito del proceso penal[558]. En definitiva, al ser las Comisiones parlamentarias de investigación órganos políticos, y no órganos judiciales, pueden[559] requerir la comparecencia (y ésta será obligatoria) de todos los cargos mencionados en los artículos 411[560] y 412[561] de la LECrim.

---

[558] ASTARLOA HUARTE MENDICOA/CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", cit., p. 647.

[559] En idéntico sentido se pronuncian, GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, cit., pp. 236; y TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 310-311.

[560] Artículo 411 LECrim: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior (de la obligación de concurrir al llamamiento judicial): El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino.
También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados".

[561] Artículo 412 LECrim: "1. Estarán exentas también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito, las demás personas de la Familia Real.

2. Están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:
1.º El Presidente y los demás miembros del Gobierno. 2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado. 3.º El Presidente del Tribunal Constitucional. 4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial. 5.º El Fiscal General del Estado. 6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

3. Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 anterior sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo, se tomará la misma en su domicilio o despacho oficial.

4. Quienes hubiesen desempeñado los cargos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.

5. Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pueden hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

1.º Los Diputados y Senadores. 2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. 3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. 4.º El Defensor del Pueblo. 5.º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración. 6.º Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. 7.º El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado. 8.º El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas. 9.º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. 10.º Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.

5.2.2. Las personas jurídicas.

El supuesto de comparecencia de personas jurídicas ante Comisiones parlamentarias de investigación[562] está expresamente previsto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 5/1984, en el que se reconoce y regula la comparecencia de tales personas, estableciendo un procedimiento propio: "El requerimiento a las personas jurídicas se entenderá dirigido a quienes ostenten su representación legal, los cuales podrán comparecer acompañados por aquellas personas que designe el órgano social de administración correspondiente". En el ámbito penal este precepto deberá ser puesto en relación con el artículo 31 CP para determinar, e individualizar, en su caso, la responsabilidad penal.

5.2.3. Los funcionarios públicos

Los funcionarios públicos[563] también tienen el deber de comparecer a requerimiento de una Comisión de encuesta parlamentaria, y también son objeto

---

6. Si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, excepción hecha de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de sus Asambleas Legislativas.

7. En cuanto a los miembros de las Oficinas Consulares, se estará a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor."

[562] De modo general vid., ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 186; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., p. 163; ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., p. 176; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 313-314.

[563] Sobre la comparecencia de los funcionarios públicos, vid., por ejemplo, TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 314-315; ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., pp. 176-177; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 186; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., p. 163.

de un tratamiento específico en la LOCCI, cuyo artículo 2.4 dispone lo siguiente: "Cuando el requerido reuniera la condición de funcionario público, se enviará copia de la citación a su superior jerárquico, a los solos efectos de su conocimiento". Se trata de una pura formalidad, pues, no se necesita autorización del superior para comparecer[564]. Parece que el deber de comparecencia por parte de los funcionarios y su deber de colaboración con un órgano del Estado es mayor que el de un particular, y por ello, el artículo 502.1, ha previsto una agravación de la pena en caso de incomparecencia funcionarial.

Por lo que respecta al envío de la copia de la citación al superior jerárquico contemplada en el artículo 2.4 de la LOCCI, podría llegar a plantearse una colisión de deberes positivos en el supuesto en que el superior jerárquico, mediante la correspondiente orden, prohibiese la comparecencia[565]. Hipotético conflicto (entre el cumplimiento de dos órdenes) que debería resolverse del siguiente modo: el deber de comparecencia ostenta rango constitucional, es un deber constitucional previsto en el artículo 76.2 CE, y por tanto el obligado especial tiene que cumplirlo prioritariamente, por ello, debería comparecer o de lo contrario su conducta sería delictiva. A esto hay que añadir otro extremo que debería ser objeto de análisis: aquel relacionado con la conducta del superior. El superior que prohibe la comparecencia de un subordinado ante una Comisión de investigación, debe ser castigado como partícipe (inductor[566]) en el delito que

---

[564] Se pronuncian en tal sentido: ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., pp. 176-177; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., p. 314; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., p. 163.

[565] Este supuesto es el que se dio en la Comisión de investigación del "Caso Prestige", en que el Secretario de Estado envió una orden a sus subordinados conminándolos a no comparecer ante la Comisión parlamentaria de investigación, apuntando que podrían incurrir, de no acatar su orden, en el delito de desobediencia del artículo 410.1 Código penal, vid., con profusión de referencias y explicaciones, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, en *La Voz de Galicia*, cit., *passim*, quien sostiene una argumentación convergente con la aquí mantenida.

[566] De la misma opinión, MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Ob. cit., loc. cit.*

comete el obligado especial, que es el único que tiene la obligación especial derivada de la institución positiva[567].

5.2.4. Los extranjeros

Como ya se ha reflejado con anterioridad, la enmienda que se planteó al actual párrafo segundo del artículo 76 de la Constitución, presentada por el parlamentario López Rodó, y que pretendía excluir del deber de comparecencia tanto a los extranjeros como a los menores de edad, no prosperó. El desarrollo normativo realizado por la L.O. 5/1984, mantiene la línea iniciada por el texto constitucional, y en su artículo 1.1 dispone la obligación de comparecer para todos los ciudadanos españoles y *los extranjeros que residan*[568] *en España.*

---

[567] Sin entrar en un tema (controvertido, denso, y muy actual) que sobrepasaría el marco de este estudio, puede sin embargo, y partiendo de las reflexiones de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, apuntarse lo siguiente: Si bien es un tema discutido el de la participación de un *extraneus* en el delito de infracción de deber, hoy día parece indiscutido que tal cuestión ha de ser respondida afirmativamente. De hecho, la jurisprudencia admite la posibilidad de participar en lo que ella denomina delitos especiales, así: "La jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que el texto del artículo 14 CP no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio - es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación - tengan la misma cualificación jurídica que el autor. Dicho en la terminología tradicional: la ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*" (STS de 20 de mayo de 1996; cfr., también: SSTS de 28 de octubre de 1986 y 26 de enero de 1994). Como razona SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, el comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se le ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente exonerante el hecho de que el *extraneus* careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. Sólo a través de la persona del especialmente cualificado con un deber positivo se convierte en relevante el aporte que el no cualificado realiza, pero, en todo caso, esto es suficiente. Hablando gráficamente, la defraudación de la expectativa que lleva a cabo el autor principal (positivamente obligado) es "el ojo de la aguja, por el que tiene que pasar todo injusto de la participación" (Jakobs). La institución positiva únicamente puede ser dañada a través del obligado especial, pero a través de él, pues, también incumben mediatamente al *extraneus* las expectativas positivas, cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 215-219.

[568] MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., p. 162, considera que, de acuerdo con el nuevo régimen de extranjería aprobado por la LO 4/200, de 11 de enero, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.3, sólo son extranjeros *residentes* los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o permanente, lo que determinará que la obligación de comparecencia ante una Comisión de encuesta parlamentaria, sólo incumbe a los extranjeros que se encuentran en situación de legalidad.

La doctrina suele señalar la posibilidad de que en algunos casos aparezcan dificultades derivadas de la falta de conocimiento del idioma[569]; y en tales supuestos debería tenerse en cuenta la lengua del requerido para formular el requerimiento en su idioma, y en su caso facilitar la asistencia de un traductor/intérprete para la comparecencia y declaración personal ante la Comisión de investigación[570]. De otra manera no podría hablarse de un incumplimiento voluntario de un deber de comparecencia, cuya existencia misma, por imposibilidad lógica idiomática, se ignora.

[569] Vid., ARÉVALO GUTIERREZ, "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", cit., p. 177; ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, cit., p. 187; MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, cit., pp. 162-163; TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, cit., pp. 315-316.

[570] Cfr., en esta línea, MASSÓ GARROTE, *Ob. cit*., *loc. cit*; y ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Ob. cit*., p. 187.

CAPÍTULO IV: LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE VERACIDAD

1. Introducción

1. El artículo 502.3 del Código penal, establece que:

"El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación *faltare a la verdad en su testimonio*, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses".

Con este precepto, el legislador penal está creando una figura de falso testimonio, configura un deber de veracidad, pero circunscrito al ámbito institucional específico de una Comisión de encuesta parlamentaria. Se añade al *software* normativo que regula la convivencia en sociedad, una nueva norma primaria penal de conducta, y se fija una nueva expectativa de veracidad en el sistema[571]. Esta nueva norma primaria jurídico-penal operará como una *prescripción* para las personas legalmente requeridas ante una Comisión de investigación, y también como *fuente de orientación* (*expectativa*), especialmente, para aquellos parlamentarios que compongan la Comisión. La conducta prescrita prevista, no es, sin embargo, algo nuevo en el Derecho penal, tan sólo lo es su presupuesto: que tengan lugar la infracción del deber de veracidad y la defraudación de la expectativa durante el desarrollo de una investigación parlamentaria.

El falso testimonio, la falta de veracidad - y su sanción - ha sido un objeto tradicional[572] de estudio tanto desde la Moral[573] como desde el Derecho. Así, en

[571] En general, sobre las normas primarias penales cuya función es prescribir, orientar y valorar, vid., exhaustivamente, el punto 2, del Cap. III, de la "Primera parte", de este trabajo.

[572] Como expone JIMÉNEZ ASENJO, "Falso testimonio", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1958, p. 528, el falso testimonio tuvo una larga vida histórica en la que estuvo fundido el concepto jurídico del delito con un destacado sentido religioso por la invocación divina que se hacía al prestar juramento promisorio ante los tribunales de justicia. Quien por virtud de esta apelación, era infiel a su promesa de decir verdad, se entendía que ofendía a Dios, desacataba al juez y dañaba a los particulares que se habían confiado en su palabra, avalada por la invocación sagrada que hacían.

las XII Tablas, se hacía referencia al falso testimonio[574]; incluso ya en el Código de Hammurabi (2250 a.C.) el falso testimonio aparece incriminado en los artículos 3 y 4[575]. Con la progresiva laicización[576] del derecho, y la separación entre la moral/ética y el derecho, cambian los términos del delito de falso testimonio, que ya no se entiende en el ámbito del perjurio o del sacrilegio[577], sino que viene, más bien, conceptuado como un delito contra la administración de justicia[578]. En España[579], desde antiguo se establecen penas severas para los

---

[573] Vid, por ejemplo, SAN AGUSTÍN, *"De mendacio"*, I, 1, Combes (Trad.), Bibliothèque Augustinienne, Paris, 1948, *passim*. Vid., también el *Compendio moral salmaticense*, Pamplona, 1805, Tomo I, pp. 623-626; Sobre la tradición católica y la "mentira intrínsecamente mala", nunca permitida, vid., MAYAUD, *Le mensonge en Droit pénal*, Lyon, 1979, pp. 14 y ss.

[574] Vid., MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cit., p. 831, en nota 1, y con referencias también a la *Lex Cornelia de falsis*; CARRARA, *Programa del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, 10ª ed., Firenze, 1924, p. 334, en nota 1, explica que en el caso de las XII Tablas, los falsos testigos eran precipitados desde la roca Tarpea; sobre este último extremo, vid., BRASIELLO, "Falso (diritto romano)", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, 1961 (ristampa 1981), p. 34.

[575] Vid., al respecto, MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio", en *Documentación Jurídica*, núms. 21, 22 y 23, 1979, pp. 95-96. Sobre la interpretación de los artículos 4 y 5 del Código de Hammurabi, vid., MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, Padova, 1929, pp. 8-9; y LEVENE (Hijo), *El delito de falso testimonio*, 3ª ed., Buenos Aires, 1978, p. 24.

[576] Un análisis del proceso de secularización en España puede verse en, TORÍO LÓPEZ, "Introducción al testimonio falso", en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 38-40. También ponen de relieve este extremo, MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, "Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal", en *Documentación Jurídica*, vol. II, 1983, p. 1144.

[577] RUGGIERO, "Falsa testimonianza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, 1967, p. 527, señala que las actuales normas penales sobre el falso testimonio, reproducen, en el derecho positivo vigente, un precepto ya existente en los textos más antiguos de la ética cristiana, y que ha sido recepcionado por aquellos ordenamientos que proceden de tal inspiración.

[578] Vid., LA CUTE, "Falsa testimonianza", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIII, 1989, p. 1.

[579] Para una visión histórica y una evolución general del delito de falso testimonio en España, vid., TORÍO LÓPEZ, "Introducción al testimonio falso", cit., pp. 37 y ss; PUIG PEÑA, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, 7ª ed., (actualizada por Ortiz Ricol), Madrid, 1988, pp. 231-232. Exhaustivamente, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, 2002, pp. 43 y ss; MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en el sistema penal español*, cit., pp. 114-132; MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio", cit., pp. 112 y ss.

delitos de falso testimonio, así, por ejemplo, en el Fuero Juzgo, en las Partidas, o en la Ley 83 de Toro acogida por la Novísima Recopilación[580]. En todo caso, de un análisis histórico[581] del delito de falso testimonio, se infiere un dato relevante, y es que la falta de veracidad ha sido, desde antiguo[582], y hasta la actualidad, una conducta prohibida y castigada penalmente en determinadas ocasiones o contextos. En el delito de falso testimonio previsto en el artículo 502.3 CP, no varía esencialmente la conducta incriminada, o la infracción del deber de veracidad, sino el específico marco jurídico e institucional[583] en el que va a tener lugar el hecho delictivo: una Comisión parlamentaria de investigación. Se trata de otro contexto[584] (no judicial) procedimental/investigador, en el que puede ser defraudada una expectativa específica de veracidad.

---

[580] Las referencias exactas a los correspondientes preceptos pueden verse, por ejemplo, en CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por Camargo Hernández, Tomo II (Parte Especial), vol. I, 13ª ed., Barcelona, 1972, p. 317; PACHECO, *El Código penal de 1848 (Concordado y comentado)*, Estudio preliminar de Téllez Aguilera, Madrid, 2000, pp. 788-789.

[581] Numerosa ha sido la doctrina que se ha ocupado de los antecedentes históricos del falso testimonio en el ámbito penal, así, entre otros: MAYAUD, *Le mensonge en Droit pénal*, cit., pp. 13 y ss; LA CUTE, "Falsa testimonianza", cit., pp. 1-2; SCARLATA-FAZIO, "Falsità e falso", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pp. 505 y ss; CARRARA, *Programa del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, cit., cit., pp. 333-334; JIMÉNEZ ASENJO, "Falso testimonio", cit., p. 529. De forma más extensa y detallada, vid.: MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, cit., pp. 7-42; LEVENE, *El delito de falso testimonio*, cit., pp. 23 y ss; ZABALA BAQUERIZO, *Delitos contra la fe pública*, Tomo III, Guayaquil, 1995, pp. 41-53; MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio", cit., pp. 95 y ss.

[582] Sobre este extremo, expone SCARLATA-FAZIO, "Falsità e falso, cit., p. 505, que desde los tiempos más remotos, se ha sentido la necesidad de castigar, y del modo más grave posible, las falsas declaraciones de los testigos.

[583] Advierte, desde un planeamiento general similar, MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio", cit., p. 161, que el falso testimonio en un procedimiento civil no difiere en esencia del vertido en causa criminal o juicio de faltas. […] La diferencia radica, en principio, tan sólo en la distinta naturaleza del procedimiento donde se vierte el falso testimonio.

[584] Es importante señalar que en Italia, el artículo 372 del Código penal, que regula el falso testimonio, se aplica a las Comisiones de investigación, no existiendo, como en España, un precepto específico. Sobre la aplicación del artículo 372 a las Comisiones de encuesta parlamentarias, vid., por ejemplo, SANTORO, "Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973, p. 300; DI GIOVINE,"Testimonianza (falsità di)", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1999, p. 305. También es muy relevante el hecho de que en Francia, la infracción del deber de veracidad ante una Comisión parlamentaria de investigación, se sanciona por aplicación de los artículos 434-13, 434-14 y 434-15 del Código penal, que regulan el falso testimonio; la aplicación directa de tales

2. En general, se presume que quien tiene un interés propio puede mentir fácilmente, y viceversa, que quien no tiene interés en mentir, será fiel a la verdad[585]. Sin embargo, como señala CARRARA, la experiencia muestra que la tendencia humana a obedecer a la verdad, cede a menudo a la fuerza de las pasiones; y que por tanto, para obtener una garantía de mayor veracidad se utilizan dos medios: uno consiste en imponer al testigo la obligación de prestar juramento, uniendo al deber religioso un deber ciudadano; el otro consiste en amenazar con severo castigo a aquellos que, llamados ante la justicia, alteren la verdad[586]. En palabras de MERLE/VITU, como una llamada a la conciencia no

---

preceptos para el supuesto de cometerse el falso testimonio en el ámbito de una Comisión parlamentaria de investigación, viene prevista en el artículo 6. III de la "Ordonnace 58-1100 de 17 de noviembre de 1958" relativa al funcionamiento de las asambleas parlamentarias. Ya antes de la actual regulación, en Francia se sancionaba el falso testimonio ante una Comisión de investigación, y podemos aportar el siguiente ejemplo jurisprudencial, del *Arrêt de la Cour de Cassation. Chambre Criminelle*, de 4 de abril de 1957, documentado en el *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation. Chambre Criminelle*, 1957, pp. 591 y ss., así, el Tribunal afirmó que: "estando confirmado, en la condena recurrida, que el 24 de septiembre de 1953 el señor Dupuy, declarando como testigo, bajo juramento, ante la Comisión de investigación sobre el tráfico de piastras indochinas, declaró, como él mismo ha reconocido, que: "M. Weil, gerente y presidente de la Sociedad Internacional Trading Company, ha declarado que había que prever una comisión de 83 millones para Paul Auriol, precisando después, y en repetidas ocasiones, que Weil había dicho que había que reservar o prever una comisión de 83 millones para Paul Auriol; que había añadido que un tal señor Tuaillon, miembro de la Sociedad que también estaba presente había advertido que con una cantidad tan importante, Jaqueline Auriol podría comprarse zorros plateados". Finalmente se da la razón a la sentencia recurrida que había concluido que tales declaraciones eran mentirosas, y que el autor las había realizado de mala fe, y con la intención de perjudicar a Paul Auriol, y por tanto se dan los elementos constitutivos del delito de falso testimonio, que en aquella época estaban previstos en los artículos 361 y ss., del Código penal, y en el artículo 9 de la Ley de 6 de enero de 1950. Vista la realidad en Francia y en Italia, bien puede afirmarse que nos hallamos ante una norma primaria existente en el *software* normativo que regula la convivencia social en ambos países, sociedades en las cuáles, y al igual que en España, existe un deber de veracidad para quien es integrado en una Comisión de investigación, y existe una expectativa de veracidad que sirve como fuente de orientación en el desarrollo de un procedimiento investigador.

[585] Vid., CARRARA, *Programa del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, cit., p. 276.

[586] CARRARA, *Ob. cit*., pp. 276-277.

parecía suficiente, el recurso a las sanciones penales aparece como un medio de asegurar la sinceridad de los testigos[587].

Un delito de falso testimonio[588], presupone la existencia de una actividad investigadora (jurisdiccional o parlamentaria por ejemplo), de un órgano investigador, así como la necesidad de la elaboración de pruebas. El falso testimonio se enmarca siempre en el interior de un mecanismo, institucionalmente previsto y regulado, con un objetivo investigador, y siempre con la prueba como referencia. La expectativa de veracidad es una expectativa instrumental, y por ello los delitos de falso testimonio se han llegado a conceptuar como "delitos procesales"[589], en realidad no dejan de ser delitos instrumentales que encuentran su justificación en la tutela del correcto funcionamiento de una institución estatal. Como observa BERNAL VALLS, el testimonio humano como instrumento para el conocimiento de la realidad, no descansa en la presunción de veracidad, sino en la necesidad imperiosa de tal medio de prueba[590]. Es decir, el fundamento de la prueba testifical hay que buscarlo en la necesidad de valerse de este medio cuando se carece de otro modo para reconstruir unos hechos[591]. No es la conveniencia ni la idoneidad del medio

---

[587] Cfr., MERLE/VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial.*, Paris, 1982, p. 424.

[588] Sobre la estructura y requisitos, de manera general, del falso testimonio, vid., por ejemplo, DI GIOVINE," Testimonianza (falsità di)", cit., pp. 298-299; PREZIOSI, "Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI, Torino, 1996, pp. 217 y ss; CALLE RODRÍGUEZ, "Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal", en *La Ley*, 2000, pp. 1419 y ss; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. II, 13ª. ed., integrata e aggiornata a cura di CONTI, Milano, 2000, pp. 463 y ss., con una vastísima bibliografía de referencia en nota 77.

[589] Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1963, p. 570.

[590] Cfr., BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", en *Poder Judicial*, nº. 5, 1987, p. 9, advirtiendo que la presunción de veracidad del testimonio está contradicha por experiencias científicas reiteradas, aportadas por la psicología del testimonio. Y que sólo se hace posible admitir el testimonio como medio de prueba con las cautelas y condicionamientos que permitan asegurar, en lo posible, su credibilidad y fiabilidad.

[591] Esta fundamentación del testimonio como medio de prueba, no en la idoneidad, sino en la pura necesidad, es aportada por FENECH, *Derecho Procesal penal*, vol. I, 3ª ed.,

probatorio lo que justifica su existencia y utilización, sino la falta de mecanismos alternativos o sustitutorios para garantizar el correcto funcionamiento de la institución. La institución está necesitada de ayuda, se encuentra en una posición en la que necesita auxilio externo y por tanto necesita de la cooperación de determinadas personas. No se trata de no dañar a la institución, sino de contribuir a ella de manera positiva.

3. La principal crítica que se dirige contra el testimonio está relacionada con su preocupante falibilidad, y con el hecho de apoyarse en determinadas facultades de percepción a menudo sujetas al error, y basadas en una capacidad de memorización en general ausente[592]. En palabras de GARRAUD:

"¿Qué vale un testimonio? ¿En qué medida se le puede acordar una confianza al precio del más mínimo error? La ley civil lo sospecha y no le otorga más que un carácter de prueba de excepción. Pero, en materia penal, el testimonio es un procedimiento necesario de información del que no se puede prescindir. La mayoría de los juicios, en los que se dirimen cuestiones mucho más graves que las cuestiones pecuniarias, se fundan únicamente sobre el testimonio. El juez penal, más si cabe que el juez civil, debe, en conciencia, estudiar y conocer las leyes psicológicas que rigen las operaciones del testimonio, despejar las causas de su inexactitud, y establecer una crítica científica; buscar el medio de controlarlo, de corregirlo, y de sacarle el mejor partido".[593]

Si se toma el panorama esbozado como un criterio generalizable, no es por tanto extraño que en 1903, STERN fundara en Alemania una revista dedicada a la crítica del testimonio (*Beiträge zur Psichologie der Aussage*), sirviéndose de

---

Barcelona 1960, p. 665. Aunque este razonamiento ya estaba presente en GORPHE, *La crítica del testimonio*. Traducción de la 2ª ed. francesa por Ruiz Funes, Madrid, 1933, p. 37, al expresar que "Aunque haya dicho MONTAIGNE: "La verdad no se juzga por el testimonio ajeno" (*Essais*, libro II, cap. XII), el juez, a falta de mejores elementos, y en los casos de *necesidad extrema*, no tiene frecuentemente más tarea a su cargo que comprobar si reside en los testimonios la verdad o el error.

[592] Cfr., MERLE/VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial.*, cit., p. 424; y MAYAUD, "Faux témoignage", en *Juris-Classeur*, fascículo nº 10, Paris, 1995, p. 4, observando que la impunidad de determinados testimonios se basa en la oportunidad de sancionar penalmente sólo las mentiras más graves para el orden social (sólo una cierta credibilidad debe hacerlas reprochables y castigables).

[593] GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tomo II, Paris, 1909, p. 137.

pruebas judiciales, experiencias psicológicas y exámenes médico-psicológicos del testigo[594]. El testimonio es un método de obtención de información poco fiable, incierto, y a menudo de dudosa utilidad, pero sin embargo necesario; esta necesariedad ha llevado al legislador a tratar de garantizar (en lo posible) un porcentaje de veracidad por medio de tipos penales; y a crear y fijar normativamente unas expectativas de veracidad en determinadas declaraciones.

Pero en una prueba testifical no sólo interviene el "testigo", sino también aquella persona encargada de la obtención de datos; es ahí donde aparece la gran utilidad del *interrogatorio*, como elemento auxiliar[595]; y por parte del *interrogador* deberá existir, por supuesto, un interés suficiente para vencer la indolencia del testigo y obtener de él respuestas que hagan completo su testimonio.

Los delitos relacionados con la falta de veracidad en un testimonio son figuras delictivas que acabarán enfrentándose a *probatios* diabólicas[596], y quizás este extremo explique la escasa repercusión y las escasas condenas por tales delitos. Abundando en la idea de la complejidad y dificultad del testimonio como medio de prueba, advierte MITTERMAIER que el intervalo transcurrido entre el acontecimiento y la declaración puede modificar notablemente su naturaleza. La imaginación altera fácilmente el recuerdo de los hechos confiados a la memoria; […] con la mejor voluntad del mundo el testigo llamado a declarar mucho tiempo después del suceso no sabe combinar la observación real con las creaciones fantásticas de la imaginación[597]. HERNÁNDEZ GUIJARRO observa que con

---

[594] Ampliamente y con referencias sobre otras publicaciones sobre el testimonio, vid., LEVENE, *El delito de falso testimonio*, cit., pp. 15-16.

[595] Lo pone de relieve, BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Dumont, vol. I, Ossorio Florit (Trad.), Buenos Aires, 1971, p. 63.

[596] PACHECO, *El Código penal de 1848 (Concordado y comentado)*, cit., p. 787, ya advertía que: "[…] la averiguación y calificación de estos delitos han de ser siempre hechos o problemas muy dificultosos. ¿Se faltó a la verdad por equivocación propia, o porque en efecto quiso faltarse a ella? ¿Fue un error o una mentira? He aquí lo que pocas veces puede discernirse, y lo que, no averiguándose, obliga a aceptar como presunción lo que no es de suyo criminal".

[597] MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10ª ed., puesta al día por Aragoneses Alonso, Madrid, 1979, pp. 265-266; vid., también pp. 267 y ss.

excepcional frecuencia se falta a la verdad en las declaraciones testificales - unas veces con propósitos abiertamente censurables y otras por simple falta de conciencia de la trascendencia social y jurídica del acto que se está realizando - y, sin embargo, son sumamente escasos los procesos penales que tienen por objeto hechos de esta naturaleza[598]. Por estas razones se ha señalado, seguramente, este delito siempre como una muestra de la tolerancia o de la ineficacia del sistema español, pues siendo, en la apreciación vulgar, alto el número de testigos poco fiables, es muy bajo el de procedimientos penales incoados[599]. Parece, pues, existir un clima de indulgencia en la práctica judicial hacia el falso testimonio. Indulgencia que se manifestaría en la escasa representatividad del delito en la estadística criminal, habida cuenta de la creencia en su frecuente comisión[600]. Pese a todas las dificultades e inconvenientes que presenta el testimonio como medio de prueba, el legislador penal desde las épocas más remotas, hasta la actualidad, sigue sancionando con una pena, determinados supuestos de falta de veracidad en los testimonios.

---

[598] Cfr., HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", en *Anuario de Derecho Penal*, 1967, p. 333; en esta línea, ZABALA BAQUERIZO, *Delitos contra la fe pública*, cit., p. 20, documenta que Jiménez de Asúa escribió: "Los testigos falsos deponen a diario ante nuestros tribunales, a favor o en contra de los reos, y los jueces han perdido toda fe en este medio de probanza"; crítico también, LEVENE, *El delito de falso testimonio*, cit., p. 36.

[599] Así lo muestra QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 1354; abunda en la idea, CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Dir.), Jorge Barreiro (Coord.), Madrid, 1997, p. 1202, apuntando que la escasez de procedimientos por falso testimonio bajo la vigencia del anterior Código penal no se debía, probablemente, tanto a deficiencias del texto legal, como a una determinada *praxis* de los órganos de persecución penal. MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo", en *Revista General del Derecho*, 1979, p. 34 y nota 2, observaba lo siguiente: " […] contrasta con el hecho de que sean muy pocas las sentencias del Tribunal Supremo que versan sobre esta figura en cualquiera de sus tipos o modalidades. […] Concretamente, hemos constatado ciento sesenta y cinco sentencias en el período 1870-1977, de las que cuarenta y cuatro corresponden a este siglo y tan sólo dieciocho son posteriores a 1944".

[600] Cfr., BERNAL VALLS, "El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas", en SERRANO BUTRAGUEÑO [et al.], *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995, p. 159; vid., también, HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", cit., p. 333; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 832.

2. El deber de veracidad

1. El falso testimonio ante una Comisión parlamentaria de investigación es un delito que afecta a la veracidad; pero debe tenerse en cuenta que la falta de veracidad, como razona, COBO DEL ROSAL, sólo podrá ser delictiva en la medida en que se exija, de manera inexorable, el *deber jurídico de veracidad*[601]. Examina este punto también, BACIGALUPO, manifestando que los deberes de veracidad de los particulares en las declaraciones sólo han sido considerados por el legislador como objeto de protección en determinados tipos penales, ya que no existe un deber general de veracidad[602]. Por tanto, en general, puede afirmarse que no existe un deber genérico de veracidad[603], sino que éste sólo se atribuirá y

[601] Cfr., COBO DEL ROSAL, "Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1995, pp. 435. Debe significarse, afirma COBO DEL ROSAL, que la mentira no siempre tiene significación para el Derecho; ni mentir, siempre ha de ser constitutivo de delito. Si así fuese, estaríamos, pues, aviados. La mentira, para bien o para mal, no siempre es punible, vid., pp. 433 y 435. Vid., de modo similar, también, DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli, 1979, p. 8.

[602] Cfr., BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, Madrid, 1999, pp. 52-53.

[603] O, dicho de otro modo, y como señala SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999, p. 77, en Derecho penal rige, en principio, el criterio de la impunidad de la mentira. La STS de 21 de octubre de 2002, ponente Jímenez Villarejo, fundamenta en los siguientes términos la existencia del delito de falso testimonio judicial: "Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace harto difícil. No siempre, sin embargo, la mentira - acto inmoral - recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es admisible y obligada- cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal".

exigirá normativamente a determinados estatus/roles que generan dicha expectativa normativa de veracidad en el seno de determinadas instituciones -como es el caso de quien es integrado en una institución Comisión de investigación Parlamentaria en calidad de colaborador necesario - [604]. De hecho ese es, a grandes rasgos, el criterio seguido en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 28 de enero de 1999, ponente, Conde-Pumpido Tourón, se afirma que:

"[…] no existe un deber genérico de veracidad exigible a los particulares bajo la amenaza de sanción penal, deber que únicamente se impone con dicho rigor en supuestos específicos y delimitados, para la protección de determinados intereses superiores (declaraciones testificales ante los Tribunales de Justicia -arts. 458 y ss.-, declaraciones ante las Comisiones Parlamentarias de Investigación -art. 502.3.º-, o bien, también con carácter específico, en determinados documentos mercantiles (arts. 261, 290 o 310)"[605].

También puede verse un planteamiento semejante en la STS de 25 de marzo de 1999, ponente, De Vega Ruiz al establecer que : "[…] las faltas a la verdad, […] sólo son punibles cuando exista un deber de veracidad"[606].

---

[604] A esto puede añadirse, como expresa MAYAUD, "Faux témoignage", cit., fascículo nº 10, p. 4, que la justificación de la impunidad de ciertos testimonios mendaces reside en la oportunidad de sancionar penalmente tan sólo las mentiras más graves para el orden social. Estas afirmaciones de MAYAUD, deben interpretarse desde el principio de *extrema ratio*, y de intervención mínima del Derecho penal. Así, mantiene tal criterio interpretativo BACIGALUPO, *El delito de falsedad documental*, cit., p. 53, al remarcar que " Los deberes de veracidad de los particulares han sido fragmentariamente considerados por el legislador en el Código penal. Esta fragmentariedad se explica porque el ordenamiento jurídico-penal opera en la protección de los bienes jurídicos sobre la base de la *idea de subsidiariedad*[…]". También puede verse una argumentación similar cuando se afirma, STS de 29 de mayo de 2000, ponente Martínez Arrieta, que: "[…] desde el principio de intervención mínima, la sanción penal ha de reservarse no a la mera infracción del imperativo ético de veracidad predicable a toda realidad documental, sino a quien infringe ese deber, teniendo encomendadas unas exigencias especiales de veracidad […]".

[605] En idéntico sentido, vid., la STS de 30 de septiembre de 1997, ponente, Conde-Pumpido Tourón.

[606] La misma argumentación puede encontrarse en la STS de 20 de julio de 1998, ponente, De Vega Ruiz. En un sentido similar, también se afirma, en la STS de 9 de noviembre de 1993, ponente Bacigalupo Zapater, que: "[…] los delitos de falsedad documental no imponen un deber general de veracidad en las relaciones sociales manifestadas por escrito..."

En el artículo 502.3 del Código penal, se establece, y sanciona, un deber jurídico-penal específico de veracidad[607] para quien es llamado a declarar ante una Comisión de investigación, se trata por lo tanto, de un delito de infracción de deber positivado. Una Comisión parlamentaria de investigación es una institución estatal[608] preformada que se compone en su estructura funcional, de un conjunto de actividades reguladas. La Comisión de encuesta parlamentaria, para su desarrollo y correcto funcionamiento impone a quienes se integran en ella, una serie de deberes, y de este modo, el compareciente acaba teniendo que soportar un deber de colaboración y de veracidad con la institución[609] - incluso a su pesar -. Es un deber de cooperación equivalente al deber constitucional de

[607] Alude a este deber, en el ámbito específico de las Comisiones parlamentarias de investigación, SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 82 y p. 116. Aunque, parece, si lo entiendo bien, que SILVA SÁNCHEZ, se manifiesta, desde un plano de política criminal, contrario a la incriminación penal de la mentira ante Comisiones de encuesta parlamentarias, así, en p. 116, afirma que sancionar penalmente la mentira de particulares es "correcto" en los casos de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP), simulación de delito (art. 457 CP), y falso testimonio en causa judicial (arts. 458 y ss. CP). Para el autor, habida cuenta de la sustancial trascendencia del proceso de obtención de la verdad en la actividad judicial, existe una dimensión institucional que fundamenta la excepción al criterio general de la impunidad de la inveracidad de los particulares. El interés en la ausencia de perturbación del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, en aspectos tan sustanciales como la imputación o la obtención de la prueba, justifica la incriminación. Pero, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, esto no puede afirmarse a propósito de las Comisiones de investigación, ya que la sustancial diferencia entre éstas y la actividad judicial determina que la equiparación del tratamiento de las inveracidades en uno y otro caso resulte carente de fundamento.

[608] Por lo tanto, también aquí se daría la dimensión institucional, reclamada por SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 116, que puede llegar a fundamentar la excepción al criterio general de la impunidad de la inveracidad de los particulares, todo dependerá de si se la considera (como así sucede, por ejemplo, también en Francia y en Italia, países en los cuáles también se sanciona penalmente la infracción del deber de veracidad ante una Comisión de investigación) una institución positiva para la cual no haya alternativa, sea irrenunciable, y cuya importancia sea necesaria para mantener la estructura social. Sobre este tema, ampliamente, vid., el punto 2.3, del Cap. II, de la "Segunda parte" de este trabajo.

[609] Como expone HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", cit., p. 345, y de manera muy similar, para el caso en que la institución positiva no es una Comisión de investigación, sino la Administración de Justicia: "Existe pues un deber público de testimoniar que constriñe al particular, bajo adecuada sanción a sufrir ciertas limitaciones en su libertad cuando es llamado a prestar declaración y, frente a tal deber, un correlativo derecho del Estado a exigir la prestación del testimonio, todo ello por razón de la función jurisdiccional que éste ejerce, de donde el falso testimonio no es ya sólo una violación del deber frente al estado, sino que entraña una auténtica cercenación de su función pública", vid., también, pp. 344 a 349.

prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales[610] en el curso del proceso previsto en el artículo 118 de la Constitución[611]. Seguramente por eso, a peritos, testigos e intérpretes, antes de intervenir en un proceso, la autoridad judicial les hace saber la *obligación que tienen de ser veraces* y las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal[612]. Y de forma similar, debería producirse esta advertencia en las Comisiones parlamentarias de investigación.

2. El Estado, a través del Parlamento, y en el marco de una Comisión parlamentaria de investigación, dispone de un poder que le permite imponer a cualquier ciudadano determinadas prestaciones y comportamientos colaboradores con la institución y con sus fines. Prestaciones y comportamientos entre los que se encuentra la necesidad de una declaración veraz y completa que contribuya a la determinación de una verdad[613], en este caso, política[614]. El procedimiento

---

[610] Como pone de relieve QUINTERO OLIVARES, "Los delitos contra la Administración de Justicia", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 194, analizando los delitos contra la Administración de Justicia, lo único que esos tipos encuentran en común es una vaga relación con el fin último de justicia, entendida a veces como *función*, a veces como *realización de un ideal* - que se alcance o no, es otra cosa - , y a veces como *deber de sumisión o de colaboración con ella.*

[611] BERNAL VALLS, "El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas", cit., p. 159, llega a pronunciarse sobre la importancia de una conciencia colectiva que reconozca en el positivizado deber de colaboración con la Justicia, un valor ético-social, que obliga en conciencia. Y afirma BERNAL VALLS, en p. 169, que el *deber de veracidad* juega un papel relevante como elemento co-constitutivo del injusto, y como dato valorable para el juicio de culpabilidad. Sobre el deber positivo de colaboración y el falso testimonio judicial, se pronuncian, también, por ejemplo, MARES ROGER/MARTÍNEZ LLUESMA, en Ganzenmüller/Escudero/Frigola (Coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona, 1998, p. 202.

[612] Artículo 433 LECrim: "[…] El Juez instructor, antes de recibir al testigo púber el juramento y de interrogar al impúber, les instruirá de *la obligación que tienen de ser veraces*, y en su caso, de las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal".

[613] Aunque sea algo evidente, debe llamarse la atención sobre la dificultad que entraña fijar el concepto mismo de *verdad*; como advierte LUHMANN, *La ciencia de la sociedad*, cit., p. 94, […] si queda condicionado socialmente el uso de los juicios de valor *verdadero* o *falso*, entonces ¿cómo se puede especificar el ámbito de aplicación de estos símbolos? O dicho de otra manera: ¿qué es exactamente aquello de lo que se puede decir que es verdadero o falso, en el entendido de que estos símbolos, bajo condiciones históricas y sociales cambiantes, también pueden ser adjudicados en forma distinta?

investigador que se desarrolla por parte del órgano institucional estatal/autonómico, es una suma de actividades normadas y reguladas, y tales regulaciones se consiguen mediante normas de conducta que atribuyen estatus y roles específicos a los distintos intervinientes en la institución, quedando así fijadas normativamente las expectativas[615]; el deber de veracidad surge de esta manera como un deber específico atribuido a quien ostente el rol de testigo[616] - puesto que la institución, funciona como un complejo de elementos pautados como expectativas de rol - .Y con el deber se establece una relación positiva entre la institución y el obligado especial que se transforma en garante - en aquello que a él le corresponde - del buen funcionamiento y del mantenimiento de la institución. Con una declaración veraz se satisfacen las expectativas del rol, no se quebranta la relación positiva, con ello no se infringe el deber, y por tanto no se comete el delito.

La relación positiva institucional es equiparable a la relación especial del testigo con la institución en el supuesto de hallarse ante un órgano judicial, supuesto en el cuál, y como expresa CALLE RODRÍGUEZ, todo ciudadano tiene el deber de colaborar con la Justicia, y ello exige que el testigo aporte una

---

[614] No debe olvidarse, como apunta CARMONA SALGADO, "Los delitos de expresión ante la reforma del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992", en *Política criminal y reforma penal. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 229-230, además, que es en la esfera de la actividad política, y más concretamente a través del ejercicio de la *crítica política*, donde con mayor intensidad se refleja la vinculación existente entre libertad de expresión e información y el carácter democrático del Estado, pues su manifestación en este ámbito significa participación en el poder.

[615] Examina este punto acertadamente, y lo describe de modo claro, MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en el sistema penal español*, 1ª ed., Barcelona, 1987, p. 67, refiriéndose a la incontrovertible existencia de una situación comunicacional entre los distintos sujetos del proceso que genera la existencia y exigibilidad entre ellos de derechos y deberes. […] Ello comporta una serie expectativas recíprocas que si se defraudan, aparte de disfuncionalizar en mayor o menor medida el proceso, acarrearán una reacción del sistema jurídico frente a aquella defraudación […].

[616] Vid., para el falso testimonio judicial, un planteamiento similar en MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, cit., pp. 45-46, y además estimando que se trata de una prestación estatal, mediante la cual el testigo pasa a desempeñar una función pública; en igual sentido, vid., HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", cit., pp. 344-345.

declaración íntegra y veraz[617] que viene reforzada por ciertas técnicas de carácter legislativo tales como: la conminación de sanciones penales en caso de que la declaración sea falsa, y la imposición del testimonio como un deber legal[618]. Toda persona requerida ante una Comisión parlamentaria de investigación para prestar su testimonio tiene dos obligaciones materiales que cumplir: comparecer, es decir, presentarse personalmente ante la Comisión, y en segundo lugar declarar verazmente sobre aquello que conozca[619]. El testigo tiene el deber de declarar, y con él, el deber de ser veraz[620]; no se trata de una obligación moral, sino de una obligación jurídica o deber jurídico positivo[621]. TAMARIT SUMALLA, considera que la tipificación como delito del falso testimonio ante una Comisión de investigación supone llevar hasta consecuencias muy discutibles el *deber de colaboración* con tales Comisiones parlamentarias, y que la imposición bajo amenaza penal de un deber de veracidad en condiciones

---

[617] CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 316, expresa que bajo el título: "Falso testimonio" (denominación actual del Cap. VI, del Tít. XX del Código penal), el texto legal comprende una serie de hechos cuya característica común es la *violación del deber de veracidad* impuesto a los testigos y peritos en sus declaraciones ante los funcionarios judiciales y los tribunales de justicia.

[618] Cfr., CALLE RODRÍGUEZ, "Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal", cit., p. 1419.

[619] Vid., para los deberes y obligaciones de quien debe prestar testimonio, GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, pp. 42 y ss; LEVENE, *El delito de falso testimonio*, cit., p. 58.

[620] Vid., por ejemplo, SANTORO, "Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)", cit., p. 298. Observa MAYAUD, *Le mensonge en Droit pénal*, cit., p. 99, que con la incriminación de la mentira, el Derecho no pretende promover un orden *absoluto* de verdad […]. Indiferente al orden moral, el objeto de su intervención tiene una finalidad de orden público, orden esencialmente *pragmático*, unido a una confianza *relativa* hecha de necesidad o de legitimidad.

[621] Como expone DE MARSICO, "Falsità in atti", en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, p. 564, la verdad no puede transformarse en deber sin una norma jurídica que añada al deber moral la coacción. […] La ley es un instrumento, el más eficaz para ordenar la vida civil, y como tal, aunque tenga como aspiración el máximo acercamiento posible a la verdad, no tiene a la verdad como su objetivo; sino que este objetivo se enmarca en la tutela de aquella porción de verdad que sea imprescindible para la vida de la sociedad civil. Así se perfila un núcleo de veracidad: un núcleo de veracidad que condiciona el desarrollo ordenado de las relaciones interindividuales, y por tal razón el derecho tiene un interés y un deber de protección respecto a él. Ampliamente sobre el deber de veracidad vid., pp. 563-565.

análogas a las de un proceso judicial no resulta justificada[622]. Sin entrar a valorar la oportunidad o no de la tutela penal del correcto funcionamiento de una institución estatal, de las afirmaciones de TAMARIT SUMALLA, se desprende un dato que es una constante en estos delitos: todo gira alrededor de un deber[623] de veracidad[624] que se impone, bien desde instancias extrapenales, o directamente

[622] Cfr., TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1451. Respecto de las dudas de TAMARIT SUMALLA, puede aportarse un argumento, que, aunque no resuelve las dudas, sí que las traslada a otra instancia menos "dudosa", y que sería el siguiente: El deber de cooperación con una Comisión parlamentaria de investigación es un deber constitucional. Así, el artículo 76.2 del texto constitucional establece no sólo el deber de comparecencia, sino también una previsión constitucional de sanciones. Si se considera que la comparecencia es una acto finalista, y que se comparece "para declarar", pues es dudoso que se exija comparecer simplemente "para ser observado", entonces no parece extraordinario que se exija, también, una declaración veraz. El deber de veracidad se obtiene así, mediatamente del propio deber constitucional de comparecencia, y de este modo se han trasladado las dudas a otra instancia; lo que debería entonces resultar criticable para TAMARIT SUMALLA, es que la Constitución, en su artículo 76.2 haya establecido un deber de comparecencia. Dicho de otro modo, tan criticable es la sanción penal para la incomparecencia como para la inveracidad; y viceversa tan justificable es la sanción por incomparecencia como la sanción por falso testimonio, pues ambas figuras delictivas tienen la misma justificación (constitucional). Quedan así, dos alternativas, una es considerar que el bien o la institución ostenta rango constitucional, y que su tutela penal queda justificada tanto para la incomparecencia como para el falso testimonio. La otra alternativa es considerar que las sanciones por incomparecencia ante una Comisión de investigación no deben ser, necesariamente, penales, y tampoco deben ser, lógicamente, penales las sanciones por falso testimonio. Sobre la naturaleza de la sanción prevista en el artículo 76.2 CE, vid., ampliamente, el punto 1, del Cap. III, de la "Segunda parte" de este trabajo.

[623] También se refiere TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1450, a la existencia de un *deber* de comparecencia.

[624] Además de todos los autores que se han ido citando, se refieren a un especial *deber de veracidad*, como elemento, en general, de las figuras de falso testimonio, entre otros muchos: GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, cit., pp. 42 y ss., analizando los deberes u obligaciones de los testigos; BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", cit., p. 11; LA CUTE, "Falsa testimonianza", cit., p. 4; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cit., p. 839; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., p. 278, conceptuando el deber de veracidad como un deber cívico o civil; al deber de veracidad como deber cívico también alude JIMÉNEZ ASENJO, "Falso testimonio", cit., p. 529. Sobre el deber de declarar, de testimoniar, y de ser veraz, vid., entre otras, la STS de 6 de octubre de 1997, ponente Moner Muñoz. Aunque no sólo en el falso testimonio (judicial o parlamentario) es relevante el deber de veracidad con consecuencias penales, y así, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, cit., pp. 53-56 enumera, sin ánimo de exhaustividad, una serie de tipos penales en los que *el deber de veracidad* del particular tiene significación: como en el delito de estafa (art. 248.1 CP) y en las figuras estructuralmente afines (por ejemplo, art. 251.3 CP), en los nuevos *delitos societarios* (artículos 290 y ss. del CP), o también en las declaraciones falsas relativas a los estados contables en lo *delitos de quiebra* (en especial art. 261 CP). Un estudio sobre las inveracidades de los particulares, con consecuencias penales, puede verse también, en SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., pp. 75 y ss.

por el Código penal - como es el caso del falso testimonio ante una Comisión parlamentaria de investigación[625] -. Sobre la importancia del deber de veracidad se pronuncia BERNAL VALLS del siguiente modo:

"Como ya en su momento señaló Binding, en el núcleo del falso testimonio está la lesión del deber de veracidad. Los deberes procesales de veracidad y lealtad cumplen una función más amplia que la de servir de sistematizaciones como señaló Pisani; expresan el contenido del injusto en el sentido de que si no existe deber de veracidad no habrá delito […]."[626]

3. La imposición de un deber positivo de veracidad[627], por parte del ordenamiento jurídico, a determinadas personas, en su rol de testigos[628] ante una Comisión de investigación, hace que nos hallemos ante un delito de infracción de deber. De la misma forma que con la citación para comparecer en juicio[629] se asume la cualidad de testigo, que comporta la obligación de comparecer y el

---

[625] Aunque también puede considerarse, como se ha afirmado con anterioridad, que el deber de veracidad proviene, mediatamente, del deber de comparecencia previsto en el artículo 76.2 CE, y también mediatamente, del deber de colaboración con las Comisiones de investigación que se infiere de la interpretación del citado precepto constitucional. Sobre la existencia en el sistema penal, de figuras delictivas que no consisten en la infracción de un deber jurídico previsto fuera de la norma incriminadora (extrapenal), sino que encuentran en la propia norma penal la fuente de la obligación, vid., CARACCIOLI, "Il falso interno", en *Diritto penale e attività bancaria*, Marini (Dir.), Padova, 1994, p. 53.

[626] BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, Madrid, 1992, p. 30. Sobre el papel que desempeña en la estructura del injusto el deber de veracidad, según BERNAL VALLS, vid., esencialmente, p. 34.

[627] Sobre la importancia dogmática del deber de veracidad en el delito de falso testimonio, vid., KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., pp. 17 y ss.

[628] Para el deber de veracidad, el deber de comparecencia y el deber de declarar ante órganos judiciales, vid., DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, 2002, pp. 91 y ss.

[629] En tal sentido, advierte FENECH, *Derecho Procesal penal*, vol. I, cit., p. 170, que el deber abstracto de testificar sólo puede concretarse mediante citación legítima, entendiendo la palabra citación en un sentido lato, esto es, como designación por parte del titular competente del órgano jurisdiccional de una persona determinada, en cuya virtud surge para ésta el deber concreto de emitir una declaración de conocimiento dentro de cierto proceso. Este deber, en atención del fin que se persigue con su cumplimiento puede ser exigido coactivamente.

deber de veracidad[630]; también se adquiere ese *status* especial cuando se recibe un requerimiento para comparecer ante una Comisión de investigación, y también se generan expectativas de comparecencia y de veracidad. Todo lo dicho sobre el "obligado especial"[631] en la incomparecencia es perfectamente trasladable al supuesto de la inveracidad. El deber positivo de veracidad es un deber personalísimo, como el deber de comparecencia, y por tanto, el delito de falso testimonio parlamentario es un delito de infracción de deber[632]. HERNÁNDEZ GUIJARRO ya se pronunciaba en términos similares al observar que: […] los delitos de falso testimonio no pueden ser cometidos por cualquier sujeto[633], como a primera vista parece, sino que el círculo de posibles autores está limitado a quienes aparecen ligados por el deber de veracidad […], de suerte que es la infracción de tal deber lo que constituye la esencia del delito mismo. Estamos, pues, ante uno de los delitos que la doctrina penal llama "propios o especiales"[634]. Es decir, para poder ser autor de este delito de falso testimonio ante Comisiones de encuesta parlamentarias, previamente se debe ostentar la

---

[630] Vid., gráficamente GOYET, *Droit Pénal Spécial*, 8ª ed., puesta al día por Rousselet/Arpaillance/Patin, Paris, 1972, p. 179, coligiendo que los ciudadanos no tienen porqué colaborar con la Justicia como jurados o como testigos, *salvo que hayan sido requeridos para tales tareas mediante una citación* (el subrayado es mío); vid, también, por ejemplo, LA CUTE, "Falsa testimonianza", cit., p. 3.

[631] Como razona SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 81, las inveracidades de particulares también pueden provocar una sanción penal, […] en los casos en que el ordenamiento jurídico ha establecido *deberes especiales* que recaen sobre algunos o incluso sobre todos los particulares. Tales deberes especiales se conectan a la creación de determinados *riesgos especiales* para intereses fundamentales o a la ostentación de *posiciones jurídicas* determinadas, o a *ambas cosas*. A título de mero ejemplo, señala SILVA SÁNCHEZ, puede afirmarse esto último a propósito del delito de defraudación tributaria, el fraude de subvenciones, el falso testimonio, la mentira en las comparecencias ante Comisiones de investigación, la falsedad contable de los partidos políticos, (pp. 81-82, y citando más figuras).

[632] Para la determinación del sujeto activo en relación al deber, fundamental, BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, cit., pp. 52-59.

[633] SANTORO, "Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)", cit., p. 298, considera que sujetos activos del delito de falso testimonio, solamente pueden serlo aquellas personas que, en un determinado proceso, hayan asumido una cualidad determinada. Se trata, por eso, de un delito propio o especial […].

[634] Cfr., HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", cit., p. 349.

cualidad de sujeto obligado del deber[635] de declarar verazmente[636]. Con ello el deber jurídico de veracidad actúa como presupuesto del delito[637]. Y como expone KAUFMANN, la consecuencia dogmática es clara: si no existe el deber de veracidad respecto al testimonio falso en cuestión, tampoco existirá delito de falso testimonio alguno consumado o intentado[638]. Pero la infracción del deber es también un componente del tipo[639]. En este sentido - aunque refiriéndose al delito de falsedad documental previsto en el artículo 390 CP - considera BACIGALUPO que: si el problema de autor se contempla más profundamente, se revela de inmediato que se trata de *un problema de deberes* que incumbe a ciertos sujetos. Esto resulta claro en el Derecho penal moderno porque nadie postula un Derecho penal de autores y los *autores especiales* sólo pueden ser caracterizados por *deberes especiales. La falsedad ideológica consecuentemente es un delito especial de los obligados a decir verdad en sus declaraciones documentadas*[640]. Como afirma ROXIN: en los delitos consistentes en la

---

[635] Como observa JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", cit., p. 641, todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión.

[636] Vid., del mismo modo, para el falso testimonio judicial, MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 55; y LEVENE, *El delito de falso testimonio*, cit., p. 35, observando que el sujeto activo en el delito de falso testimonio es la persona que tiene *el deber de declarar*. Afirma FENECH, *Derecho Procesal penal*, vol. I, cit., p. 669, que se trata de un *deber personalísimo*.

[637] Vid., PISAPIA, "L'obbligo giuridico di attetare il vero e l'art. 483 C.P.", en *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p. 85; sobre el deber de veracidad, vid., pp. 86 y ss.

[638] KAUFMANN, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", cit., p. 18.

[639] Así, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 430-431, apuntando (en contra de la opinión de KAUFMANN), además, que la posición especial de deber, que surte en los delitos de infracción de deber efecto fundamentador de la autoría, forma parte sistemáticamente, […] del ámbito del injusto típico; vid., también p. 432, donde ROXIN manifiesta que el deber especial relevante para el tipo es un requisito del injusto típico del que - junto con otras circunstancias - se deduce la antijuridicidad, pero no es idéntico a la antijuridicidad. Aunque ROXIN, en otra obra, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 43, afirma que el fundamento de la sanción (en los delitos de infracción de deber) radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña.

[640] Cfr., BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, cit., pp. 49-50, (los subrayados están en el original), advirtiendo además (p. 50) que en la jurisprudencia de la

infracción de un deber (al contrario que en los delitos de dominio del hecho) actúa típicamente sólo - aún cuando siempre - quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese lo más mínimo el dominio del suceso externo[641].

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo existen precedentes que ponen de manifiesto que la discusión en torno a la punibilidad de las "falsedades" ideológicas cometidas por particulares, es decir, por lo general, "mentiras escritas", es, en verdad, *una cuestión del deber de veracidad o de declarar verazmente*. Partiendo de tales premisas, BACIGALUPO ZAPATER alude al delito de falsedad ideológica, y de forma convergente con la postura aquí mantenida, como "delito de infracción del deber de veracidad", vid., p. 49.

[641] ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, p. 49. Vid., también, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 385, señalando que el elemento que, en estos casos, decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Partiendo de esta base argumental, pueden matizarse las siguientes manifestaciones de GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Vol. IV, Madrid, 1994, p. 37: "La conducta será típica, pues, cuando las manifestaciones del testigo, incluso si las cree ciertas, no responden a lo sucedido. […] otra cosa es que la conducta no sea culpable por falta del elemento intelectual de dolo que debe comprender el conocimiento de la falsedad del testimonio. Es típico, por consiguiente, el testimonio objetivamente falso, aunque el testigo crea que es verdadero […]". Desde la perspectiva dogmática de la infracción del deber de veracidad, con la conducta descrita por GONZÁLEZ RUS no se ha realizado el tipo de injusto, sencillamente porque no se ha quebrantado el deber de veracidad. Fácilmente puede entenderse esta postura, de la mano de dos ejemplos: el primero es, que basta con cambiar la palabra *verdad* por la palabra *sinceridad*, y se entenderá al absurdo al que llega la teoría puramente objetiva ¿Cómo alguien que no ha infringido el deber de sinceridad (veracidad) puede realizar una conducta típicamente antijurídica en relación al falso testimonio? El segundo ejemplo es, que si un licenciado en derecho es requerido ante una Comisión de investigación para testificar, y se le somete a un cuestionario sobre resolución de ecuaciones de tercer grado, al que, por falta de conocimientos matemáticos contesta erróneamente, pero creyendo de buena voluntad que lo ha hecho correctamente; según la teoría objetiva defendida por GONZÁLEZ RUS (también, y en los mismos términos se pronuncia MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, p. 802) existiría delito de falso testimonio (o la conducta sería típica y antijurídica), por contradecir las afirmaciones incorrectas del licenciado en derecho, la verdad matemática; o como afirmaría GONZÁLEZ RUS, *Ob. cit., loc. cit*.: "Con independencia de su contenido de voluntad, la manifestación falsa crea el peligro de que se produzca una sentencia injusta y lesiona, con ello, el bien jurídico protegido". Y de nuevo, en desacuerdo con las teorías objetivas, hay que advertir, que tampoco en este supuesto se ha quebrantado el deber de veracidad por el sólo hecho de no tener conocimientos matemáticos, y por tanto, no puede ser típica y antijurídica la conducta, y ello porque la infracción del deber de veracidad debe darse ya para determinar la antijuridicidad de la acción o de la omisión, y obviamente, no lesiona el deber de veracidad el licenciado en derecho que no resuelve (aunque él piense que sí que la ha sabido resolver) una ecuación de tercer grado. Quizás por todo ello, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, pp. 883-884, cambia diametralmente su postura, aun cuando la conducta prohibida por el Código penal sigue siendo la misma (salvo que se quiera argumentar que "prestar falso testimonio" y "faltar a la verdad" sean conductas distintas), y afirma, ahora de manera similar a la defendida en este trabajo, aunque no desde la teoría de la infracción del deber de veracidad,

4. Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos[642], como el deber de veracidad ante una Comisión de investigación, para la realización de instituciones estatales, como la institución estatal/autonómica Comisión parlamentaria de investigación. El deber de veracidad, en tanto que deber positivo, tiene como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial de testigo cooperador, y la infracción del deber positivo de veracidad por parte del obligado especial que desempeña un rol especial en la institución, dará lugar a un delito de infracción de deber. Se trata de una solidaridad asegurada institucionalmente. El delito de falso testimonio cometido ante una Comisión de encuesta parlamentaria, es, al igual que el delito de falso testimonio judicial para el cuál así lo consideran ROXIN[643], JAKOBS[644] y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[645], *un delito de infracción de deber*[646].

---

que: "[…] en el delito de falso testimonio la falsedad ha de entenderse en términos subjetivos, como contradicción entre lo declarado por el sujeto y lo que realmente sabe o cree […]. Si testimoniar es declarar lo que uno sabe, "faltar a la verdad en su testimonio", que es la expresión equivalente a falso testimonio utilizada por el Código, significa, pues, declarar algo distinto a lo que uno conoce, con independencia de que ello se corresponda o no con lo realmente sucedido. […] La conducta no será típica, pues, cuando el testigo, diga lo que sabe, aunque ello no sea "verdad". Implícito en el concepto de falso testimonio está, pues, el elemento subjetivo del injusto de falsear lo que se dice".

[642] Vid., JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", cit., p. 641.

[643] Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 427-428. ROXIN añade (p. 428) que el carácter de delitos de infracción de deber de los tipos de falso testimonio, lo ha destacado con toda razón el RG (*Reichsgericht in Srtafsachen*) en algunas sentencias en las que se ha reparado escasamente. Por ejemplo señala: "Todo lo que uno declara falsamente bajo juramento siempre quebranta únicamente su propio deber de decir la verdad. Uno no puede quebrantar el deber de veracidad que incumba a otro […]"; vid., las referencias de las sentencias, en p. 428 en nota 113. Un planteamiento cercano, salvando las distancias, puede colegirse de la STS de 8 de abril de 2000, ponente Bacigalupo Zapater, en la que se razona que: " […] el delito de falsedad en documento oficial o público, no se comete por la omisión de las constancias en los libros, sino por infracción del deber de veracidad en lo documentado".

[644] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 23/25 y 25/46.

[645] Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 45, y p. 284, refiriéndose al deber positivo de testificar en juicio.

Y como tal, su contenido no es la usurpación de la libertad ajena, o al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por la institución Comisión de investigación, la falta de mejora de su situación[647]. Señala MAYAUD, que la relación de la que nace la responsabilidad es una relación de confianza necesaria; la obligación que crea la responsabilidad es una obligación que crea la confianza. Nada parece más acertado que esta idea en el Derecho penal de la mentira: las obligaciones que implícitamente nacen de la incriminación de la mentira son obligaciones que genera la confianza[648]. Dicho de otro modo, la expectativa de veracidad la crea la confianza en el desempeño correcto del rol, puesto que el rol especial implica un deber especial de veracidad[649] cuyo contenido último es el cuidado y fomento de la institución Comisión de investigación.

---

[646] Aunque en España, los delitos de falso testimonio, se han considerado por la doctrina como "delitos de propia mano", ampliamente y con referencias vid., MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, pp. 126-128; vid., también en pp. 126 y ss., las críticas de la autora a los planteamientos de ROXIN por considerar el falso testimonio como un delito de infracción de deber. Aunque curiosamente, MAQUEDA ABREU, no deja de utilizar (pp. 128-129) los conceptos de "deber jurídico" y de "particular posición de deber" para fundamentar su visión propia, y crítica.

[647] Vid., en tal sentido, JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", cit., p. 641, recordando lo que es obvio, y es, que, en los delitos de infracción de deber, una competencia por no mejorar la situación - la infracción de un deber positivo - también abarca el empeoramiento. De forma clara lo explica su discípulo LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 109-110, exponiendo que en cualquier caso, la fundamentación de un deber de garante en virtud de una competencia institucional no excluye la existencia de otros deberes - esto es: aquellos en virtud de un ámbito de organización -. Dicho de otro modo: también el titular de un rol ligado a una institución mantiene frente al bien cuyo cuidado le incumbe, la tan sólo negativa relación de prohibición de dañar, vinculada con su rol común, que le obliga a una configuración de su ámbito de organización sin defectos; esta obligación, de todas formas, se superpone en general a través de sus deberes fundados institucionalmente.

[648] Cfr., MAYAUD, *Le mensonge en Droit pénal*, cit., p. 399.

[649] En la STS de 29 de mayo de 2000, ponente Martínez Arrieta, se considera que: […] la sanción penal ha de reservarse no a la mera infracción del imperativo ético de veracidad […], sino a quien infringe ese deber, teniendo encomendadas unas exigencias especiales de veracidad […]". En apoyo de la idea de que el requerido por la Comisión de investigación adquiere, incluso a su pesar, una posición de garante fruto de una relación positiva con el bien, que le obliga a su cuidado y fomento, característica de los delitos de infracción de deber, puede verse, en un sentido similar, la STS de 29 de julio de 2002, ponente Giménez García, en la que textualmente se expone: "En referencia al tipo penal del artículo 316 se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de deber […], en el que el sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, y al respecto debemos

En el delito de falso testimonio en el ámbito de una Comisión de encuesta parlamentaria, no se describe, o no sólo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus de testigo colaborador necesario/compareciente/veraz, y con ello, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber[650]; ya que como afirma JAKOBS, en las instituciones de importancia trascendental para la existencia de la sociedad (como quiso la Constitución que lo fuera el Parlamento y sus Comisiones), el estatus se convierte en posición de garante[651]. Y como las reglas de la institución sólo las puede vulnerar como autor quien está sujeto a ellas[652], es decir, quien está especialmente obligado, tan sólo quien haya sido requerido por una Comisión parlamentaria de investigación "en forma legal y bajo apercibimiento" podrá infringir su deber de veracidad (pues sólo él es portado de tal deber), y con ello cometer el delito.

5. Se hace necesaria, finalmente, una observación, referente a los delitos de infracción de un deber de veracidad: y es que, en general, y para evitar una incriminación desorbitada del falso testimonio, existen *varios casos en los que es posible desvincularse del deber de veracidad*[653]. Son supuestos en los que queda

---

recordar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo […]".

[650] Vid., de una forma general, por ejemplo, JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 23/25, entendiendo aquí por estatus: un haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, del cual el deber lesionado garantizado penalmente sólo constituye un fragmento. Vid., también, fundamental, 25/46, afirmando, de una manera más precisa para el delito aquí analizado, que: "el estatus también se alcanza cuando el deber sancionado jurídicamente *integra a un obligado en una institución: el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia*".

[651] Cfr., JAKOBS, *Ob. cit.,* 23/25.

[652] Cfr., JAKOBS, *Ob. cit.,* 25/47.

[653] Vid., por ejemplo, para los supuestos de desvinculación por secretos familiares, secretos oficiales, y secretos profesionales, BERNAL VALLS, "El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas", cit., pp. 199 y ss; vid., también sobre las posibilidades de que el deber de declarar verazmente entre en conflicto con otros deberes, MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en el sistema penal español*, cit., pp. 94 y ss; BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, cit., pp. 183 y ss; exhaustivamente para los secretos, aparte del artículo ya citado y

excluida la expectativa de veracidad asegurada normativamente, que cede ante la posibilidad de ser defraudada[654]. El deber de veracidad presentará determinadas áreas normativas, en el interior de las cuáles no podrá ser exigido. El deber positivo cede, aún cuando la institución/o el bien siga estando necesitada de ayuda y fomento; y con ello puede concluirse que el deber de veracidad no es un

---

ampliando el estudio a los secretos de la función pública, los secretos diplomáticos, el secreto religioso, el secreto médico, el secreto de abogado, y el secreto de la información periodística, vid., BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", cit., pp. 12 y ss. En Italia, existe una previsión normativa en el artículo 384 del Código penal, que se enmarca en el principio general según el cual no se puede constreñir a nadie a acusarse a sí mismo o a uno de sus parientes próximos; en el artículo 384 pues, se configura en el Derecho penal italiano, una causa especial de no punibilidad para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de veracidad por la necesidad de salvarse uno mismo, o a un pariente próximo, de un grave e inevitable perjuicio para la libertad o el honor; ampliamente, en Italia, sobre la limitación del deber de veracidad mediante esta cláusula -también aplicable a las declaraciones ante Comisiones de investigación -, que a menudo ha sido considerada por la doctrina como un estado de necesidad específicamente tipificado vid., DI GIOVINE,"Testimonianza (falsità di)", cit., pp. 310 y ss; RUGGIERO, "Falsa testimonianza", cit., pp. 544 y ss; COCCIARDI, "Possibilità di astenersi della deposizione e necessità di salvare sè medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento", en *Giurisprudenza italiana*, 1953, pp. 319 y ss; DOLCE, "Falsa perizia o interpretazione", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pp. 526-527; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. II, cit., pp. 497 y ss; PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, vol. II,* cit., pp. 133 y ss. Para el derecho al silencio, en general, vid., GIRARD, *Culpabilité et silence en droit comparé*, Paris, 1997, pp. 97 y ss. Para el principio general de que nadie puede ser obligado a declarar (verazmente) contra sí mismo, vid., por todos, GREVI, "*Nemo tenetur se detegere". Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel proceso penale italiano*, Milano, 1972, *passim*; GREVI, "Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 1129 y ss; PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, pp. 581 y ss; PERINI, "Ai margini dell' esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 538 y ss; INFANTE, "*Nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell' economia*, nº. 43, 2001, pp. 831 y ss.

[654] MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, cit., p. 278, explica este extremo del siguiente modo: La sociedad, a su vez, cuando impone deberes semejantes obrará sabiamente no erigiendo nunca mandatos de la ley positiva en oposición con la ley natural o con cualquier otro deber social: toda colisión de esta especie arrastra necesariamente fatales consecuencias. Cuando la ley natural está en abierta oposición con la ley positiva, puede estarse seguro de su inobservancia. Llamad a declarar contra el acusado a sus parientes cercanos, y al punto veréis palmariamente demostrado este hecho. El legislador no haría bien en obligarles a hablar, porque colocados entre su deber y las afecciones naturales más poderosas, veríaseles muchas veces obedecer a ésta y sacrificar la verdad a los intereses del acusado; pero aunque así no sea, y suponiendo que el testigo sea honrado hasta el estoicismo, sería condenarle a un verdadero suplicio, abriéndole, por decirlo así, la boca por fuerza".

deber positivo ilimitado[655]. No sería conveniente, por su gran extensión[656], describir con detalle todas las posibilidades normativas que pueden darse para desvincularse del deber de veracidad, y por tanto me limito, en esta sede, a señalar su existencia y su papel limitador de la expectativa y del deber.

Por último, restan afrontar algunas reflexiones, breves, sobre el deber de veracidad, que realizaremos tomando como base unos razonamientos vertidos al respecto por SILVA SÁNCHEZ. Tomemos como punto de partida, pues, determinadas afirmaciones de SILVA SÁNCHEZ: "[…] la inveracidad no interesa en sí misma como lesión de un derecho subjetivo a la verdad, sino como medio de la producción de una lesión de otros intereses […]"[657]. Posteriormente, afirma el autor, utilizando ya términos más cercanos a los puntos dogmáticos aquí mantenidos, que: "En cualquier caso, debe subrayarse que no toda inveracidad será típica sino sólo aquella que se muestre como idónea *ex ante* para atentar contra el proceso como institución"[658]. Básicamente, estoy de acuerdo con estas manifestaciones de SILVA SÁNCHEZ, pero estimo que deben ser matizadas, debido a la estructura dogmática que sobre los delitos de infracción del deber positivo de veracidad ante Comisiones parlamentarias de investigación se mantiene en este trabajo. Recapitulemos, pues, algunos de los extremos que han servido de material de investigación, y que se han ido acumulando lógicamente, desde una visión de la parte más general del Derecho penal, hasta su posterior utilización en un supuesto delictivo concreto.

---

[655] O como expresa DE MARSICO, "Falsità in atti", cit., p. 564, si bien la verdad es un valor ético, no es un valor incondicionadamente protegido por el derecho.

[656] Examina este punto y realiza un extenso estudio sobre tales supuestos, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, cit., pp. 296-334, para la inexigibilidad, vid., pp. 499 y ss.

[657] SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 83.

[658] SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 116, en nota 67.

En el ordenamiento jurídico español existen[659] deberes jurídicos, y en el Derecho penal existen, como no podía ser de otra manera, deberes cuya infracción se sanciona penalmente. Existen deberes positivos, como el deber de cooperación mediante la comparecencia y veracidad con una Comisión de encuesta parlamentaria, cuya infracción tiene asignada, como consecuencia jurídica, una pena. Existen en la sociedad actual instituciones positivas, que necesitan integrar en su estructura interna, para su mantenimiento y correcto funcionamiento, a determinadas personas para que cumplan con un rol institucional, basado en una relación positiva y colaboradora. Por otra parte, hemos tomado como plausible la distinción entre delitos en virtud de organización y delitos de infracción de deber (o en virtud de una responsabilidad institucional) propuesta por JAKOBS. Sentadas estas bases, no queda otra alternativa que considerar el delito de falso testimonio ante una Comisión de investigación Parlamentaria como un delito de infracción de deber, y por tanto, las inveracidades a las que alude SILVA SÁNCHEZ, son, en el supuesto aquí contemplado, inveracidades que infringen un deber positivo, defraudan una expectativa positiva y rompen un vínculo positivo, previo a la comisión del delito, que existía entre el obligado especial y el bien o institución.

Una vez esbozadas las premisas de partida, las matizaciones se pueden realizar del siguiente modo: el delito de infracción del deber de veracidad ante Comisiones de investigación, no es un delito de organización, y por tanto, como acertadamente señala SILVA SÁNCHEZ, constituye una excepción al "modelo de estafa", propio de inveracidades que se dan en algunos delitos de organización[660]. Se trata, al contrario, de una responsabilidad con una base

[659] Cuando utilizo el término "existen", en este como en los restantes casos, me estoy refiriendo a una existencia normativa, existen en el "software" normativo, y son creados por quien diseña el programa normativo jurídico de convivencia social en un sistema social y democrático de derecho: el legislador. No estoy afirmando por tanto que tengan una existencia ontológica.

[660] Vid., SILVA SÁNCHEZ, "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", cit., p. 144.

institucional[661] respecto de una institución positiva, y por tanto la infracción del deber no causa un daño a un bien jurídico, sino que el fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por el *status especial* de testigo colaborador integrado en la institución. No se trata de no dañar al bien (aunque también), sino fundamentalmente de contribuir con una prestación positiva de veracidad para la subsistencia o la producción del bien. Es la falta de ayuda (infracción de un deber positivo), que incumbe al garante institucional de la veracidad de sus declaraciones, la que fundamenta la responsabilidad[662]. No se trata de la usurpación de la libertad ajena, sino de la falta de cuidado por una - en el caso del falso testimonio ante Comisiones parlamentarias de investigación - institución del Estado, no se lesiona o daña un bien, sino que no se mejora su situación[663], cuando esto, por su posición de garante, pertenece a la incumbencia de quien declara.

Como la relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus - el estatus de testigo compareciente - del autor en relación con el bien, y en la línea señalada por SILVA SÁNCHEZ, es cierto que no toda inveracidad será típica, tan sólo lo será aquella que pueda objetivarse en una conducta (acción u omisión) que, a su vez, se muestre *ex ante* como idónea para atentar contra el vínculo positivo. Deberá existir un comportamiento que quebrante el deber

---

[661] También alude, SILVA SÁNCHEZ, *Ob. cit*., p. 145, advirtiendo de la necesidad de una interpretación restrictiva, a los supuestos de delitos con responsabilidad de base institucional. Y por ello, deduzco, que SILVA SÁNCHEZ - en parte - utiliza la distinción propuesta por JAKOBS, entre "responsabilidad por organización" y "responsabilidad institucional"; también utiliza SILVA SÁNCHEZ, por ejemplo, la expresión "libertad en la configuración de la propia esfera de organización", puramente Jakobsiana, en SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999, p. 479, aunque en pp. 473 y 474, se muestra crítico con la estimación mecánica de comisión por omisión en el caso de deberes "institucionales".

[662] Se trata en estos casos, como afirma JAKOBS, "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", cit., p. 105, de la ausencia de cuidado respecto de una persona u organización estatal, en otras palabras, de la incumbencia respecto de la no mejora de su situación.

[663] Ampliamente sobre estos temas, vid., el punto 2, del Cap. II, de la "Segunda parte" de este trabajo.

positivo, y que demuestre una falta de cuidado por el bien, una ruptura de la relación positiva[664]. Se necesita en definitiva un comportamiento que defraude la expectativa positiva atribuida al rol; y no cualquier mentira defrauda la expectativa, sino que, sólo aquella infracción del deber de veracidad con relevancia o peligrosidad objetiva *ex ante* para la institución, infringe el deber, y por tanto conforma el delito. Pero siempre desde parámetros objetivo-normativos, es decir, exigiendo una conducta, y exigiendo que esa conducta que infringe el deber, cree un riesgo jurídicamente relevante. No se trata de reprimir la mera infracción subjetiva del deber de veracidad (perjurio)[665], sino de una

[664] La figura delictiva no debe ser interpretada desde el punto de vista de la infracción del deber de veracidad como una pura intención subjetiva; el foco del desvalor, de la falta de cuidado por el bien, no es un puro elemento psicológico; no se trata de centrar la antijuridicidad tan sólo en una actitud interna, sino que deberá comprobarse la existencia de una conducta (acción u omisión) que se presente *ex ante*, como adecuada para evidenciar la falta de cooperación y la falta de cuidado por la institución. La objetivación de la infracción del deber es siempre una conducta; una conducta contraria a la norma primaria, una conducta que objetivamente defraude la expectativa. Pues de seguir una teoría puramente subjetiva se llegaría al absurdo de tener que considerar que hay delito de falso testimonio, en aquel caso en que el testigo aporte un dato totalmente cierto y veraz objetivamente - y que por tanto no sólo no daña ningún bien sino que fomenta la propia institución -, aun cuando el testigo esté convencido de que miente y de que el dato que aporta es falso. Cercano también, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 884, exponiendo que por falta de lesión material del bien jurídico, no es típica la declaración objetivamente verdadera, pero que el sujeto depone creyéndola falsa. (En un sentido similar, en relación al delito de prevaricación judicial como delito de infracción de deber, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-99 (Sala 2ª)", en *Actualidad Jurídica*, nº. 415, 25 de noviembre de 1999, p. 3, afirmando que sería también absurdo tener que afirmar delito de prevaricación en aquellos casos en que la decisión fuese ajustada a Derecho - no dañando ningún bien jurídico - pero la misma fuese contraria a las convicciones del juez que la dicta). Finalmente, pues, no comparto la concepción puramente subjetiva mantenida, por ejemplo, por POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972, p. 306, cuando sostiene, frente al posicionamiento aquí defendido, que "La esencia de estos tipos reside en la infracción de un deber subjetivo de veracidad. Pero la condición de verdad en estos supuestos ha de determinarse con referencias al conocimiento "personal" que de la misma tiene el sujeto. […] la verdad que interesa al juzgador en los supuestos típicos indicados es la verdad que posee el testigo, es decir, el objeto de conocimiento de éste, su verdad subjetiva. La contradicción psicológica entre manifestación y conocimiento determina la falsedad, también subjetiva del testigo. […] se entiende afectado el bien jurídico, en efecto, con la pura tendencia interna manifestada en la declaración subjetivamente contradictoria del real conocimiento del objeto de tal declaración".

[665] ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 121-122, utiliza el ejemplo del falso testimonio para criticar una concepción del delito no como lesión del bien jurídico, sino como lesión de un deber; pero, y esto necesita ser precisado, la postura aquí mantenida, nada tiene que ver con la concepción puramente subjetiva de la infracción del deber que critica ANGIONI.

conducta que, al romper el vínculo positivo[666] por falta de colaboración, no contribuya a la formación o correcto desarrollo de la institución, y con ello afecte a su funcionamiento[667]. Es decir, deben darse cumulativamente tanto la

---

[666] Como observa SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., p. 54, en general, la responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas (ej. como funcionario, como testigo), se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de como se haya organizado.

[667] De un modo similar, CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1204, mantiene que en el ámbito del falso testimonio judicial no se trata de reprimir la mera infracción de un deber de veracidad, sino la afectación al buen funcionamiento del proceso que el falso testimonio puede producir. Nuestra postura es similar a la de CANCIO MELIÁ, sólo que, sostenemos que la afectación del buen funcionamiento, o incluso de la propia existencia, del procedimiento investigador parlamentario, se produce, no ya, generando un daño o perjuicio (aunque también), sino fundamentalmente, no cooperando o no colaborando con la institución, rompiendo la relación positiva preexistente, y defraudando la expectativa de veracidad. Cuando una Comisión de investigación integra a un testigo como "obligado especial, con un estatus especial" en su estructura, no lo hace para "no ser dañada", sino para que el testigo cumpla su rol de colaborador necesario. Ante esta realidad, la pregunta que siempre planea alrededor de los deberes positivos de cooperación, es, si puede el Estado, para regular la comunicación en determinadas áreas institucionales o incluso para asegurar la existencia de una institución, exigir penalmente el cumplimiento de determinados deberes (conductas adecuadas a la norma) a los ciudadanos. Entonces cabría preguntarse lo siguiente: ¿Tiene el Estado el derecho a imponerme el deber positivo de socorrer a las personas desamparadas y en peligro grave (artículos 195 y 196 CP); el deber positivo de custodia (artículo 223 CP); el deber positivo de asistencia inherente a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuges que se hallen necesitados (artículo 226 CP); el deber positivo de perseguir delitos (artículos 407, 408 CP); el deber positivo de facilitar los medios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas (artículo 316 CP); el deber positivo de impedir delitos (artículo 450 CP); el deber positivo de dictar sentencias o resoluciones justas (artículo 446 CP); el deber positivo de comparecer ante un Juzgado o Tribunal (artículo 463 CP); el deber positivo de ser miembro de un jurado y de cumplir con las funciones que de ello deriven (sobre la responsabilidad penal del jurado, vid., LLABRÉS FUSTER/TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, Barcelona, 1998, pp. 51 y ss.); y por no extender demasiado la lista, finalmente: el deber positivo de veracidad en causa judicial (artículo 458 CP); el deber positivo de comparecencia ante una Comisión de investigación (artículo 502.1 CP); o el deber positivo de veracidad ante una Comisión parlamentaria de investigación (artículo 502.3 CP)? Todos estos deberes positivos están en el *software* normativo, por ello son también expectativas fijadas en el *software*, que, a su vez, servirán como fuente de orientación para todos los miembros de una sociedad. Las normas primarias penales relacionadas con estos deberes positivos son, además, normas de conducta con un contenido prescriptivo (y esencialmente positivo: exige conductas colaboradoras, cooperadoras, constructivas), que ordenarán la conducta adecuada a la norma (por ejemplo dictar sentencias y resoluciones justas), y prohibirán la conducta contraria (por ejemplo, prevaricar). Pese a la innegable existencia de deberes positivos en el ámbito penal, la pregunta sobre su necesidad, oportunidad, legitimidad, justificación, etc., sigue abierta, y pendiente de desarrollo dogmático, político, filosófico, ético, jurídico, etc.. Pero la decisión de regular

infracción del deber de veracidad como la falta de cuidado por la institución (en terminología al uso, la lesión del bien)[668]. Es necesaria una acción o una omisión, con un contenido comunicativo relevante jurídico-penal, un contenido cuyo significado sea adecuado para integrar la infracción de la norma primaria; en definitiva, mediante un hacer o un omitir, con significado, se deberá externalizar la falta de cuidado, un no-solidarizarse con el bien; y evidentemente, para esto no basta una pura actitud interna, sino que es necesaria una acción u omisión que produzca un riesgo jurídicamente relevante. Dicho de otro modo, el fundamento de la punición en un delito de infracción de deber, no es tan sólo la infracción del deber, sino que además, debe consistir en la lesión de un bien[669].

Veamos lo dicho con un ejemplo: Se crea en el Congreso una Comisión de investigación, que para su tarea sólo puede contar con los elementos de prueba que aporten aquellas personas que sean requeridas para comparecer - porque, supongamos, que no hay posibilidad alguna de analizar pruebas documentales, sencillamente porque no existen - . Planteemos dos supuestos (distintos pero en realidad equivalentes si se toma como referencia la incidencia de la infracción del deber para la institución o el bien); en el primero, la Comisión de investigación, requiere en forma legal la comparecencia de diez personas, y ninguna comparece. En el segundo supuesto, de las diez personas, sólo cinco comparecen, pero declaran (faltando a su deber de veracidad) sistemáticamente "no saber absolutamente nada" cada vez que son interrogadas sobre algún asunto. En ambos casos, como se deduce fácilmente, la Comisión de investigación no ha podido siquiera *empezar* a desarrollar correctamente su actividad. Podría incluso

---

penalmente sólo deberes negativos, o al contrario regular tanto deberes negativos como deberes positivos, es una decisión *política*, no científica.

[668] En esta línea, en la STS de 5 de junio de 2001, ponente Bacigalupo Zapater, puede leerse: "[…] la cantidad objeto de la infracción, en tanto supere las 50.000 pesetas, no es un elemento del que dependa la realización del tipo del delito de apropiación indebida, pues el hecho punible se consuma con la infracción del especial deber de confianza que causa el perjuicio patrimonial."

[669] Vid., de modo similar, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 701, en nota 411, contestando a la críticas de LANGER. Aunque para ROXIN, la infracción del deber sólo fundamenta la autoría.

decirse que no surge, materialmente, el procedimiento investigador como institución[670]. Cuando los testigos requeridos no comparecen, o cuando comparecen pero infringen su deber de veracidad, no han lesionado un bien existente en perfección e independiente de ellos, con la denominación "correcta investigación parlamentaria", sino que, no han generado aquella "investigación parlamentaria" que debe existir[671].

Estamos ante infracciones de deberes positivos de comparecencia y de veracidad de determinadas personas, que tienen un *status* especial de "comparecientes-testigos-declarantes-veraces", estatus que está insertado ya en el contexto de una institución regulada, preformada y organizada (un Parlamento y una Comisión de investigación de esa cámara parlamentaria). Ni en el primer supuesto, ni en el segundo supuesto, los autores de los delitos han "dañado", han "lesionado" el bien. En ambos casos, los diez requeridos respondían de la existencia del bien (y no sólo de que su propia organización no afectara al bien menoscabándolo); los diez autores estaban obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de la institución Comisión de investigación, y de su correcto funcionamiento. Lo que ha sucedido es que no han cooperado, no

---

[670] Formalmente la Comisión de encuesta parlamentaria ha sido creada, y los parlamentarios que la componen ya están "preparados" en su rol, pero para que *materialmente*, la institución empiece a funcionar - como un vehículo al que le falte el combustible - necesita, a su vez, necesariamente, que los "obligados especiales" cumplan las expectativas de *su* rol, cooperen a la mejora de su situación, en definitiva, que comparezcan y que declaren verazmente; siguiendo con el símil, los obligados especiales tienen el deber positivo de cooperar, de aportar carburante, elemento sin el cuál, el vehículo no es funcional.

[671] He transformado un ejemplo citado por JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cancio Meliá (trad.), Mendoza 2002, p. 20, quien expresa (pp. 20-21), y de un modo perfectamente aplicable al supuesto que venimos analizando, lo siguiente: "Cuando un juez comete prevaricación, no ha lesionado un bien existente en perfección e independiente de él con la denominación "correcta Administración de Justicia", sino que no ha generado aquella Administración de Justicia que debe existir. Si se quiere, esto aún puede ser relacionado con la teoría de los bienes jurídicos, diciendo que el Juez, habría dejado de participar, en contra de su deber, en la constitución del bien jurídico "correcta Administración de Justicia"; sin embargo, con toda certeza es más adecuada a la materia la formulación de que el Juez ha abandonado su rol, es decir, que ha lesionado las expectativas que existían frente a él en cuanto titular de un determinado rol". JAKOBS concluye, p. 21, que en este caso, como en cualquier delito de infracción de deber, el juez [o en nuestro ejemplo, un testigo] tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber.

han mejorado la situación en que se encontraba la institución parlamentaria, cuando de ellos dependía, por su posición de garantía, la existencia misma del bien. Eso es lo que fundamenta su responsabilidad: no el haber dañado a la institución, sino el no haber colaborado, y contribuido a su existencia o mejora.

Las diez personas requeridas, que bien por infringir su deber positivo de comparecencia, bien por haber infringido su deber positivo de veracidad no han posibilitado que la Comisión de investigación empezara con su normal funcionamiento, no responden como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, sino por haber rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien; o dicho de otra forma, por haber lesionado su deber institucional[672]. Si los diez testigos hubieran satisfecho las expectativas del rol[673], la Comisión de encuesta hubiera podido cumplir su función investigadora sobre un asunto de interés general.

3. La infracción del deber positivo de veracidad puede darse tanto por acción como por omisión. Apuntes sobre los fundamentos de su equivalencia

3.1. El falso testimonio: un ejemplo paradigmático de la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión para determinar la infracción de un deber de veracidad. El punto de partida: la situación, intuitivamente resuelta, en favor de la equiparación

1. Para analizar el panorama dogmático relacionado con las modalidades de conducta que pueden quebrantar el deber de veracidad - y defraudar así la expectativa -, puede resultar ilustrativo partir de una de las distinciones que GORPHE propone para distinguir distintos tipos de mentira, y que servirán de

[672] Todo lo argumentado, se debe completar, y debe ser puesto en relación con la parte del estudio dedicada al análisis de la división propuesta por JAKOBS, entre responsabilidad por organización y responsabilidad institucional, vid., para ello, el punto 2, del Cap. II, de la "Segunda parte" de este trabajo.

[673] Quien no realice nada que contraríe su rol, y se mantenga dentro de un espacio de riesgo permitido, no defrauda ninguna expectativa, puesto que se está conduciendo de un modo socialmente adecuado; su conducta encaja con aquellas que figuran en el catálogo de previsibilidades/expectativas de *alter*, o dicho muy simplemente: respeta las reglas del juego.

base para posteriores consideraciones dogmáticas. La distinción propuesta por GORPHE[674] es la siguiente:

Mentiras positivas	(Opuestas a:) *Mentiras negativas*
- Invenciones de todas clases, ficción, simulación. - Adición. - Deformación. - Exageración.	- Disimulación completa, negación, supresión de testimonios. - Omisión. - Mutilación. - Atenuación.

De esta propuesta esbozada por GORPHE, se infieren, al menos, dos datos relevantes. El primero es que tal distinción no es sino un elenco de distintas posibilidades de conductas y modos, en un plano puramente naturalista, de infringir un deber (plano normativo) de veracidad, o si se prefiere, una lista detallada de maneras de mentir. El segundo dato es que, ya de esta sencilla distinción se observa claramente (en la columna de la derecha), que se puede mentir - GORPHE lo llama, acertadamente, "mentiras negativas" - por *omisión*. Y esto es precisamente lo que ha venido argumentando, en gran medida, la doctrina que se ha ocupado del tema. En definitiva, podemos fijar ya, el punto de partida, que por otra parte, será equivalente al punto de llegada: el deber positivo de veracidad puede ser quebrantado, o si se prefiere, el delito de falso testimonio - ante una Comisión parlamentaria de investigación - puede ser cometido, indistintamente, tanto por acción como por omisión.

2. En Italia, por ejemplo, el propio legislador penal ha previsto expresamente lo que la realidad demuestra, y así, en el artículo 372 del Código penal italiano, se tipifica, junto a la modalidad activa, la modalidad omisiva de la infracción del deber de veracidad. El artículo 372 dispone (que recordemos, es el que se aplica en Italia a las Comisiones de encuesta parlamentarias):

[674] Cfr., GORPHE, *La crítica del testimonio*, cit., p. 39.

"El que, declarando como testigo ante la Autoridad judicial, afirma aquello que es falso, o niega aquello que es verdadero, *o bien calla, todo o parte*, de aquello que sabe entorno a los hechos sobre los cuáles es interrogado, será castigado con reclusión de seis meses a tres años".

Como consecuencia previsible, la doctrina italiana acepta el falso testimonio por omisión[675]. También en Francia, aunque el Código penal (Artículo 434-13, aplicable a las Comisiones de investigación) no prevea expresamente una modalidad omisiva, la doctrina estima que puede darse el falso testimonio por omisión[676]. En España, la doctrina mayoritaria ha venido admitiendo, en general, la posibilidad de cometer el delito de falso testimonio mediante omisiones, ya en el tipo básico[677]; puesto que, en la legislación penal española no hay duda alguna de que las omisiones que no constituyan una "falta sustancial a la verdad",

---

[675] Así, entre otros muchos, vid., por ejemplo, IACOVIELLO, "Il falso ideologico per omisione", en *Cassazione Penale*, 1996, pp. 806 y ss; ANTONIONI, *La falsa testimonianza nella teoria generale del falso*, Napoli, 1957, en especial, pp. 139-140; MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, cit., pp. 121-122; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 281; MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Ortega Torres (trad.), Bogotá, 1985, p. 348; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cit., p. 842; RUGGIERO, "Falsa testimonianza", en *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 538-539;

[676] Entre otros, MAYAUD, "Faux témoignage", en *Juris-Classeur*, fascículo nº 10, cit., p. 16; MAYAUD, *Code Pénal*, 97º ed., Paris, 2000, p. 619; MERLE/VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 430; ZOUSMANN, "Faux témoignage" en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, Paris, 1968, p. 2; PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal Spécial*, 2ª ed., Paris, 2001, p. 741; GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tomo II, cit., p. 52.

[677] Así, vid., entre otros: PACHECO, *El Código penal de 1848 (Concordado y comentado)*, Estudio preliminar de Téllez Aguilera, Madrid, 2000, p. 801; TORÍO LÓPEZ, "Introducción al testimonio falso", cit., pp. 53-54; BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, cit., pp. 116-121; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, cit., p. 1111 y p. 1155; PUIG PEÑA, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, cit., p. 233; GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 883; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002, p. 894; CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1207. En contra, por ejemplo, - manteniendo, sorprendentemente, incluso una interpretación contraria a la indiscutible literalidad del artículo 460: " […] *silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos* […]" - vid., GIMBERNAT ORDEIG, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999, p. 410, afirmando que: "Algunos delitos *sólo* se pueden cometer mediante una acción: así el falso testimonio (artículos 458 y siguientes) que exige una *declaración* no ajustada a la verdad […]". Sin entrar a valorar, la tesis de GIMBERNAT ORDEIG, sólo quiero precisar que en ningún caso exige expresamente el artículo 458 del Código penal una *declaración*, sino que la expresión típica utilizada por el legislador, y que por otra parte es idéntica a la del artículo 502.3, es: "*faltar a la verdad en el testimonio*".

pueden, en determinados casos, infringir el deber de veracidad previsto en el artículo 460 del CP[678]. De nuevo, podemos inferir de la situación presentada, tanto legislativa, como dogmática, que, intuitivamente, se ha reconocido en unos casos por parte del legislador penal, y en otros por los intérpretes, que se puede faltar a la verdad, se puede mentir, o en definitiva, se puede quebrantar el deber de veracidad *por omisión*.

3. Para demostrar que el falso testimonio puede cometerse por omisión, es decir, no aportando un dato veraz que se debería haber aportado, o lo que resulta equivalente, silenciado tal dato, comenzaremos con una argumentación y un ejemplo apuntados por PACHECO:

"El ocultar una parte de la verdad puede equivaler muchas veces a decir la falsedad más completa. Supongamos que A acometió a B, y que B, defendiéndose, le disparó con una pistola y lo mató. El que diga como testigo solo esta última parte, y calle la circunstancia de la defensa, dice una parte de la verdad, no enuncia nada que no sea verdadero; y sin embargo, su declaración es una mentira horrorosa. En vez de salvar al inculpado, le lleva al cadalso, le pierde. No es de semejantes supresiones de las que aquí se habla [PACHECO se está refiriendo a que el ejemplo citado no constituye un falso testimonio en su modalidad "*sin faltar sustancialmente a la verdad, la alteren con reticencias o inexactitudes*", actual artículo 460 CP, sino que es una conducta subsumible en el tipo básico, actual 458]. Éstas - las omisiones como las del ejemplo - no alteran la exactitud de los hechos, no los modifican ligeramente: sino que los trastornan"[679].

---

[678] Artículo 460 Código penal: " Cuando el testigo, perito o intérprete*, sin faltar sustancialmente a la verdad*, *la alterare* con reticencias, inexactitudes o *silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos* […]". Llamativa, es la opinión contraria defendida por DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, cit., pp. 389-390, para quién, el artículo 460 no contempla un supuesto de falso testimonio por omisión, ya que en tal caso "habría que admitir que la omisión de datos que supongan una alteración sustancial de la verdad no está penada, no siendo lógica su admisión únicamente para tipos menos graves, dejando impune la misma conducta en supuestos que resultan ser más graves".

[679] Cfr., PACHECO, *El Código penal de 1848 (Concordado y comentado)*, cit., p. 801. Vid., también, por ejemplo, ZOUSMANN, "Faux témoignage", cit., p. 2, exponiendo que, si un testigo que ha aceptado declarar, silencia en su declaración, incluso voluntariamente, un detalle sin importancia, no hay delito de falso testimonio; pero si, al contrario, se abstiene intencionadamente de aportar datos esenciales, entonces modifica con esa laguna el sentido de su declaración, y se vuelve culpable de falso testimonio (y cita el autor, como dato jurisprudencial, los *Arrêts de la Cour de Cassation. Chambre Criminelle*, de 12 de enero de 1912, y 29 de noviembre de 1951). Como afirman MERLE/VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 430, la alteración de la verdad puede resultar también del silencio voluntario guardado al respecto de determinadas circunstancias; y en el mismo sentido, observa

En El Derecho penal español, el debate en torno a la posibilidad de aceptar el falso testimonio omisivo tiene como referente de partida: la falta de una previsión expresa del falso testimonio por omisión en el tipo básico (anterior artículo 326, y actual 458), y sin embargo, la existencia de un supuesto omisivo en el anterior artículo 332, y de forma más rotunda en el actual 460. Pero, a pesar de ello, la doctrina, en general ha aceptado que se puede faltar a la verdad - o al deber de veracidad - tanto con acciones como con omisiones. Veamos, brevemente, el panorama doctrinal *antes* y *después* de la entrada en vigor del Código penal de 1995[680].

Para justificar la admisión de una modalidad omisiva, CÓRDOBA RODA, expone que el abstenerse de dar cuenta de hechos o datos al efectuar el testigo o perito su declaración, puede ciertamente constituir una falta a la verdad e incluso una falta sustancial a la misma[681]. Según TORÍO LÓPEZ, la reticencia como modalidad de la conducta, implica el incumplimiento, por parte del testigo, del deber de decir cuanto supiere; y señala TORÍO LÓPEZ, que en el lenguaje español, el vocablo reticencia es portador de dos sentidos: no decir sino en parte y dar a entender que se oculta o se calla algo que debiera o pudiera decirse. No decir sino en parte es omitir lo que se calla. Dar a entender que se oculta o calla algo es un decir insuficiente, que enuncia, sin embargo, más de lo que efectivamente dice. En ambos supuestos, la reticencia supone el incumplimiento

---

MAYAUD, "Faux témoignage", en *Juris-Classeur*, fascículo nº 10, cit., p. 16, que, en una acusación por robo, no se puede imaginar a un testigo que voluntariamente silenciase la violencia ejercida sobre la víctima, dejando creer que se trata de un simple robo.

[680] No tendría demasiada importancia realizar tal distinción cronológica - puesto que las figuras de falso testimonio, en cuanto al problema que estamos abordando, no han variado sustancialmente - salvo por la introducción en el artículo 460 de la expresión *"silenciando hechos o datos*, expresión que viene a ratificar la modalidad omisiva del falso testimonio: es decir, seguimos sin una tipificación expresa de la modalidad omisiva en el tipo básico -,si no fuera por la incorporación del artículo 11 al vigente texto punitivo. Aunque debe advertirse, que no se trata aquí de analizar las *consecuencias* técnicas derivadas del artículo 11 del Código penal, sino de presentar una realidad dogmática *previa*.

[681] Vid., CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, cit., p. 1155, y p. 1111, sobre la omisión de datos como posible modalidad omisiva del artículo 326 vid., p. 1115.

del deber de hacer una declaración total o completa[682]. Por su parte, un autor como BERNAL VALLS, que ha estudiado en profundidad la figura del falso testimonio**,** mantiene también la relevancia penal de la reticencia u ocultación en relación a su significado, como forma de ocultación de la verdad, y como consciente actitud de silencio sobre hechos sabidos para ocultar la verdad[683]. Siguiendo con el análisis de una modalidad omisiva del falso testimonio, observa BERNAL VALLS que, en realidad, la ocultación de datos significativos es, según la circunstancia, la forma más eficaz de faltar a la verdad, y que además esta afirmación constituye un lugar común[684]. En palabras de BERNAL VALLS:

"Si en esa representación comunicada falta algo decisivo para su comprensión y entendimiento el resultado no es otro, vista aquella representación en su objetiva exteriorización, que una mendaz realidad; es la pieza que falta en el rompecabezas. No es dudosa, por tanto, la posibilidad de integrar el silencio en el contexto de una declaración y de ver en aquél un modo de falseamiento del testimonio […]. Hemos de inclinarnos claramente por la tesis que opta por considerar la ocultación o el silencio de hechos como un supuesto de conducta típica cuando esa ocultación es significativa en el contexto de una declaración prestada en el proceso. […] Cuando el testigo omite lo que conoce, el destinatario no solamente recibe una versión incompleta o mutilada. Se pone a su alcance una declaración que no resulta ser representativa del saber interno total del declarante, y con ello se habrá creado un obstáculo para la adquisición correcta de los hechos en la forma que importa a los fines del proceso"[685].

En contra de aceptar un falso testimonio por omisión se ha manifestado MAGALDI PATERNOSTRO, manteniendo un curioso argumento, que trata de maquillar bajo el aspecto de una acción lo que en ningún caso deja de ser una omisión[686]. El argumento es, a grandes trazos, el siguiente:

---

[682] Vid., TORÍO LÓPEZ, "Introducción al testimonio falso", cit., aceptando el falso testimonio por omisión, en pp. 53-54.

[683] Vid., sobre ello, BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, cit., p. 117, manifestando que si esa ocultación de datos se pone en relación con el deber de veracidad total que caracteriza a todo testimonio, supone un particular modo de realizar una declaración falsa.

[684] Cfr., BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, cit., p. 117.

[685] Cfr., BERNAL VALLS, *Ob. cit*., pp. 117, 119 y 120.

[686] Cfr., MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en el sistema penal español*, cit., pp. 67 y ss; planteamiento al que se ha adherido actualmente, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, pp. 385 y ss.

El delito de falso testimonio se integra por una acción o comportamiento positivo cuya dinámica cristaliza en una conducta caracterizada por una pluralidad de momentos en los que coexisten expresiones positivas manifestadas a través del lenguaje y expresiones negativas - que la autora especialmente remarca que *no se trata de omisiones* - manifestadas a través del silencio, es decir, por medios distintos al lenguaje oral pero que parten todas ellas de un mismo hacer positivo: prestar testimonio. Posteriormente la autora concluye que, si el testimonio es una acto comunicacional interpersonal, entonces es posible atribuir un valor positivo al silencio, y así, finalmente, considerar que el silencio, o el no decir toda la verdad que se conozca, pueden ser conductas penalmente relevantes, eso sí, no como una omisión, ni como una comisión por omisión, sino como acciones[687].

Al planteamiento de MAGALDI PATERNOSTRO, se le pueden hacer algunas observaciones, la primera es que resulta tan obvio que el silencio es una modalidad omisiva (y no una modalidad activa), que, por ejemplo y como ya hemos advertido, en Italia el propio legislador penal la ha regulado, y así la ha interpretado la inmensa mayoría de la doctrina italiana[688]. La segunda observación, muy brevemente, pues se razonará sobre el tema más adelante, es que en efecto, el testimonio es un acto comunicacional interpersonal - también es un acto comunicacional interpersonal el falso testimonio, y en realidad, cualquier conducta delictiva, como se ha visto en este trabajo, es un acto comunicativo; la sociedad misma no es sino un conjunto ordenado de comunicaciones[689] - ; pero también hay que tener presente, que el acto de prestar testimonio es un acto reglado, en el interior de una estructura institucional. En ese acto, simplificando

---

[687] Vid., MAGALDI PATERNOSTRO, *Ob. cit.*, p. 70, en relación con p. 69.

[688] Vid., por su rotundidad, por ejemplo, MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, cit., pp. 119-122, y en especial p. 121, afirmando que se trataría de una figura incluso de omisión propia; en idéntico sentido, considerando la reticencia como delito de omisión propia (o pura), vid., ANTONIONI, *La falsa testimonianza nella teoria generale del falso*, cit., pp. 137 y ss. También el actual artículo 460 del Código penal español regula el silencio como modalidad omisiva.

[689] Una sociedad que quiera garantizar contactos masivos y anónimos necesita de formas objetivas de comunicación, es decir, de la introducción tanto de estándares vinculantes como de expectativas de comportamiento en ámbitos determinados; pues de lo contrario, nadie podría orientarse de forma coherente y predecible en el intercambio de contactos, imposibilitándose así la conformación misma de una sociedad estable; ya que sin expectativas normativas estables, no se pueden posibilitar los contactos sociales, ampliamente vid., el punto 2 del cap. III de la "Primera parte" de este trabajo.

mucho, intervienen dos partes (testigo y juez), cada una de ellas con un rol específico; y simplificando más todavía, el rol de testigo consiste sencillamente en aportar datos veraces a la institución, y por ello tiene prohibido por una norma primaria jurídico-penal "faltar a la verdad" - norma primaria que, a su vez, sirve como expectativa o fuente de orientación para el juez, que confía, normativamente, en que el testigo colabore y sea veraz -. Pues bien, tanto el deber positivo de veracidad, como la prohibición de faltar a la verdad/o la obligación de no mentir, se pueden infringir: aportando un dato falso (negando aquello que es verdadero, o afirmando aquello que es falso) es decir, mediante *una acción*; como no aportando un dato que debería haber sido aportado (mediante un silencio, una supresión o una ocultación), es decir, mediante *una omisión*.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995, la doctrina penal sigue defendiendo[690] la posibilidad de cometer un delito de falso testimonio a través de una forma omisiva, así, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, GONZÁLEZ RUS, o MUÑOZ CONDE. Enunciemos brevemente sus argumentos. Examina este punto GONZÁLEZ RUS, y comienza, señalando que la doctrina mayoritaria acepta la posibilidad de comisión por omisión cuando el testigo silencia extremos importantes para la prueba y que conoce[691]. El autor opina que así debe ser, pues la veracidad o falsedad de la declaración debe hacerse apreciando lo que se dice y lo que se sabe y se debía haber dicho; y refuerza GONZÁLEZ RUS su argumento, añadiendo que el propio artículo 460 del Código penal contempla un supuesto de falso testimonio por omisión ("silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos"), y que ello

[690] En realidad, y como expone CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1203, en lo que se refiere a la conducta típica en el tipo básico contenido en el número primero del artículo 458 [que es idéntica a la conducta típica del artículo 502.3], el nuevo Código se refiere a ella como "*faltar a la verdad*", lo que no supone diferencia material respecto de la anterior mención de "*falso testimonio*", de modo que seguirán planteándose las mismas cuestiones de definición general de la conducta que en la regulación anterior.

[691] Cfr., GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 883.

pone de manifiesto que también el mismo comportamiento puede integrar el falso testimonio castigado en los restantes tipos[692]. De modo similar, MUÑOZ CONDE, y tomando como base argumental el hecho de que en la lingüística moderna[693] se ha puesto de relieve que tan importante como lo que se dice es lo que no se dice o se sobreentiende, expone que en un proceso penal el testigo puede omitir decir que el procesado iba acompañado de otra persona, o el perito silenciar determinados hechos averiguados con su peritaje. En opinión de MUÑOZ CONDE, estos casos infringen el deber de veracidad al que el testigo y el perito se comprometen con su juramento, y deben valorarse como falsos testimonios por omisión, salvo que no supongan una alteración sustancial de la verdad[694]. Por último, CANCIO MELIÁ, comentando la novedad que supone la introducción, en el artículo 460 del Código, de la conducta típica de "*silenciar*" hechos o datos relevantes, razona que la nueva mención del *silenciamiento* de hechos o datos relevantes no debe entenderse en el sentido de que mediante la mera omisión de algo conocido no pueda cometerse el delito de los artículos 458 o 459: si el testigo es preguntado acerca de algo que conoce o el perito o intérprete debe realizar su actividad acerca de un objeto determinado, el hecho de silenciar un dato puede muy bien significar que está faltando "sustancialmente" a la verdad, ubicándose entonces la conducta en el ámbito de los artículos 458 (tipo básico) y 459[695].

Si a todo lo expuesto con anterioridad, se agregan los acertados argumentos de los autores citados, en definitiva, se observan sólidos presupuestos para mantener la posibilidad de "faltar a la verdad" (expresión

---

[692] Vid., GONZÁLEZ RUS, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000, p. 883.

[693] Cfr., MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002, p 894.

[694] Vid., MUÑOZ CONDE, *Ob. cit., loc. cit*., quien remite, para los casos de alteración no sustancial de la verdad por omisión, al artículo 460.CP.

[695] Cfr., CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1207.

típica utilizada en el artículo 502.3 CP), de forma indistinta, tanto por medio de una acción como mediante una omisión. Es decir, un testigo, requerido ante una Comisión parlamentaria de investigación, puede "faltar a la verdad" también mediante omisiones. A esta conclusión puede llegarse utilizando un razonamiento obtenido de un puro análisis de las figuras delictivas que regulan el falso testimonio en el Código penal, y que quedaría esbozado de la manera siguiente: a) el artículo 460 tipifica, expresamente, una modalidad omisiva (silenciar datos, por ejemplo) con relevancia penal; dicho de otro modo, cuando no aportando un dato relevante se altera la verdad, aunque no se falte sustancialmente a ella, se comete un delito de falso testimonio, que tiene asignada una pena inferior a la del tipo básico; b) si se ponen en relación los artículos 458 y 460 del Código, la interpretación no resulta complicada si partimos de la siguiente pregunta ¿Si cuando no se aporta un dato relevante y con ello se altera la verdad, pero *sin faltar sustancialmente* a ella, debe aplicarse el artículo 460; qué artículo deberá aplicarse cuando no se aporte un dato relevante, y con ello se altere la verdad, pero (y ahora a diferencia del artículo 460) *se falte sustancialmente a ella*? La respuesta es clara, debe aplicarse el tipo básico de artículo 458; c) sentadas estas premisas, y puesto que la conducta típica es idéntica en el artículo 458 y en el artículo 502, esto es, "faltar a la verdad", la consecuencia es evidente: cabe la forma omisiva también en le caso del 502 (siempre que no se aporte un dato relevante y con ello se altere la verdad, *faltando sustancialmente a ella*[696]).

A similares conclusiones sobre la modalidad omisiva como modalidad de conducta típica apta para cometer un delito de falso testimonio, también puede llegarse por otra vía. Una vía que parte de la importancia del significado normativo de la conducta, y que atribuye una relevancia dogmática especial a la infracción del deber positivo de veracidad, y a la defraudación de la expectativa

[696] No serán por tanto típicas, para el ámbito de aplicación del artículo 502.3 Código penal, las omisiones de datos mediante las cuáles no se falte *sustancialmente* a la verdad, ya que en el falso testimonio parlamentario no existe una figura equivalente a la del artículo 460. En parecido sentido, y comentando específicamente el artículo 502.3 CP, vid., TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 1452.

normativa de veracidad. En definitiva, una vía que tome como referencia interpretativa los delitos de infracción de un deber positivo o en virtud de una responsabilidad institucional.

3.2. Quien ostenta un rol especial en el interior de una institución positiva, puede defraudar la expectativa de veracidad mediante una acción o mediante una omisión. La superficialidad de la distinción técnico-naturalista entre hacer u omitir en el caso del delito de falso testimonio cometido en el contexto institucional parlamentario.

1. Al principio de este apartado hemos empezado con una distinción - por otra parte, acertada - que GORPHE hacía entre "mentiras positivas" y "mentiras negativas"; se trataba de una lista causal-natural-mecanicista que intentaba elencar un abanico lo más amplio posible de maneras de mentir, maneras, por lo demás, que tendrían relevancia penal (causal) en el contexto de un hipotético delito de falso testimonio. Pues bien, en las páginas que siguen, voy a intentar demostrar que una visión como la planteada por GORPHE, y que, a grandes trazos es la seguida por la doctrina mayoritaria, aunque intuitivamente correcta en lo que al falso testimonio se refiere, no soluciona ni correcta ni elegantemente - como diría Jakobs - , muchos de los problemas que suscita la conducta típica; y que incluso lleva a algún autor, como hemos visto, a tener que deformar conceptos claros y limpios como una simple *omisión*, y a tratar de presentarlos bajo la ortopédica apariencia de una *acción* para poder así integrar la conducta en el tipo. Quizás la solución haya que buscarla en otra parte. Aunque debe advertirse, que se tratará más bien de una solución complementaria, no de una solución alternativa que niegue *in totum* la validez de anteriores planteamientos, puesto que, y como se ha demostrado en este trabajo, una superestructura normativa siempre necesita de una infraestructura natural, y por ello siempre habrá que acudir a determinados sustratos ontológicos mínimos.

2. Partamos en primer lugar, de nuevo, de algunas observaciones sobre los deberes positivos. Retomo el análisis de los deberes positivos, puesto que suele ser común la siguiente - y errónea - afirmación: los deberes negativos prohiben acciones y los deberes positivos prohiben omisiones[697]; y por tanto son temas íntimamente unidos. Analiza este extremo desde la filosofía del derecho, y lo describe - para posteriormente negar la relevancia de la distinción entre acción y omisión en los deberes generales positivos - de modo excelente GARZÓN VALDÉS; así, una acción reprochable, se dice, revela una intención malévola, mientras que la omisión es, por lo general, la consecuencia de una actitud apática. No es lo mismo, por ejemplo, enviar comida envenenada a la India, que no contribuir a una colecta contra el hambre en ese país. En el primer caso, quien así actúa desea la muerte de un determinado número de personas; en el segundo, se trata tan sólo de un apático indiferente que, por cierto, no desea el mal a nadie[698]. Es siempre peor ser la causa de un daño que dejar que sigan existiendo circunstancias perniciosas. En el primer caso, la víctima no hubiera sufrido el daño si el agente no hubiera existido; en cambio, esto no vale para el segundo caso. En esta variante de la "tesis de la opcionalidad", se afirma que la acción es "más causa" que la omisión. La acción completa la circunstancia causal y vuelve necesario el resultado. Es moralmente peor iniciar la cadena causal que provoca la muerte de una persona que no interrumpir la cadena causal que conduce a la muerte. La noción de causalidad es utilizada aquí para imputar mayor responsabilidad moral al agente de la acción que al de la omisión[699].

Estas afirmaciones o premisas, referidas a la necesaria distinción entre acción y omisión en los deberes positivos *generales*, son puestas en duda por

---

[697] Vid., sobre ello, GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 3, 1986, pp. 17 y ss.

[698] Plantea el ejemplo, GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", cit., p. 19.

[699] Cfr., GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", cit., p. 19.

GARZÓN VALDÉS, con, entre otros, los siguientes argumentos[700], todos ellos, por otra parte, totalmente trasladables a los supuestos de deberes positivos jurídicos *especiales*. Según expone GARZÓN VALDÉS, la intención no constituye una diferencia esencial entre acciones y omisiones; y no hay duda de que si se compara una acción intencional con una omisión intencional, no existe ninguna diferencia entre ambas por lo que respecta a su reprochabilidad moral. La "apatía" que suele imputarse a quien omite suele ser el resultado de la acción intencional de no querer informarse de las situaciones en las que se requiere el cumplimiento de un deber positivo general[701]. También es falso sostener que la acción es "más causa" del resultado que la omisión, ya que cuando una omisión completa el contexto de las condiciones necesarias para la producción de un evento y las vuelve suficientes, es tan causa como la acción que inicia la cadena causal[702]. Añade GARZÓN VALDÉS, que sostener que las omisiones no requieren tiempo y por ello su lista es interminable, es confundir omisión con no hacer. Sólo podemos omitir la ación que podemos realizar. La omisión es la negación interna de la acción. En este sentido, la lista de las omisiones posibles es tan larga como la de las acciones posibles[703]. Finalmente, el autor concluye que los efectos colaterales de la acción y la omisión, cuando en ambos casos se actúa u omite intencionalmente (o no intencionalmente) no parecen ser muy diferentes. El ejemplo del pulmón artificial de Glover[704] es, afirma GARZÓN VALDÉS, instructivo al respecto: ¿porqué habría de provocar más escándalo

---

[700] En contra de la validez de los razonamientos de GARZÓN VALDÉS, y contestando a ellos directamente, vid., LAPORTA, "Algunos problemas de los deberes positivos generales. (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 3, 1986.

[701] Vid., GARZÓN VALDÉS, , "Los deberes positivos generales y su fundamentación", cit., p. 27.

[702] GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", cit., p. 27.

[703] Vid., GARZÓN VALDÉS, *Ob. cit., loc. cit*.

[704] La cita está referida al libro de GLOVER, *Causing death and saving lives*, Londres, 1977.

desconectarlo que no conectarlo? La responsabilidad moral de la acción y la omisión es la misma[705].

En el derecho penal moderno se reconoce la intercambiabilidad técnica y de organización entre actuar y omitir, y como razonan, por ejemplo, PERDOMO TORRES[706], VOLK[707], o SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[708], la intercambiabilidad se refleja claramente en aquellos eventos en los que se está

---

[705] Cfr., GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", cit., p. 27. En el mismo sentido, pero de un modo más técnico y ya en el ámbito estríctamente jurídico-penal, JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., p. 19, analiza un supuesto equivalente: el de una persona mortalmente enferma conectada a un aparato que suple una función corporal indispensable, como puede ser una máquina de pulmón-corazón. Para JAKOBS, todo pivota alrededor de la posición de garante o de los deberes del médico; y así, el maestro de Bonn razona de la siguiente manera: *Si el médico es garante* de esta asistencia, realiza en todo caso el injusto de un homicidio, tanto si desconecta mediante una acción esa máquina, como si omite volver a poner en funcionamiento la máquina que se desconecta por sí misma; pero *si el médico no es garante* de esta asistencia no se le imputa en ningún caso el homicidio, sin importar si se trata de una acción de desconexión o de la omisión de efectuar una nueva conexión. Lo decisivo no es la clase de conducta realizada, sino la atribución o no atribución del curso del daño a la organización del médico. Hay, por tanto, comisiones activas que no conducen a responsabilidad porque falta una posición de garante. Cercano también, REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," cit., p. 949, estimando que es válido afirmar que como el individuo debe llenar las expectativas de comportamiento que permitan la armónica convivencia social, cada persona *tiene posición de garante* frente a esas expectativas, y cada vez que un individuo las *defraude* total o parcialmente habrá ingresado al campo de acción del Derecho penal; por ello, en una sociedad *todos somos garantes* en relación con determinadas actividades, vid., también, pp. 956-958. Sobre la posición de garante, y la admisibilidad o inadmisibilidad de la participación por omisión al suicidio de otro, vid., DEL ROSAL BLASCO, "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal", en *ADPCP*, 1987, pp. 94-97.

[706] Cfr., PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, Bogotá, 2001, pp. 14 y ss.

[707] Cfr., VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", en *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, pp. 67-69; Argumenta VOLK sobre la irrelevancia de la distinción en p. 68, con el siguiente ejemplo: El obrero u operario se ha visto sustituido por un *robot* industrial, y ahora tan sólo le viene asignada la tarea de intervenir cuando el mecanismo se descompone. Antes, la fabricación de un producto defectuoso se atribuía siempre al trabajo incorrecto del operario, a su actuar positivo; hoy en día, el defecto en el producto se produce, justamente cuando el operario no interviene, o bien cuando por omisión no corrige el error. Con ello se demuestra que la distinción entre un actuar y un omitir no sólo es muy simple, sino que además, es insignificante.

[708] Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 18-22, retomando el ejemplo de VOLK.

frente a un sistema en el que el individuo cumple determinadas funciones acompañado de la utilización de máquinas - buena muestra de ello es el ejemplo que acabamos de citar, en el que un médico debe controlar una máquina pulmón corazón -, es decir, en aquellos casos en los que el supuesto de hecho objeto de análisis se encuentra inmerso en un sistema tecnificado[709]. A estas reflexiones, podemos añadir que cuando se trata de deberes positivos especiales, cuya infracción tiene asignada una pena, también la distinción entre acción y omisión pierde relevancia; esto es, precisamente lo que se pretende demostrar en el caso del deber positivo de veracidad.

3. En la dogmática penal, ROXIN[710], y mediante la construcción, o cuanto menos, la proposición de la plausibilidad de la categoría dogmática de los delitos de infracción de deber, razona precisamente sobre la equivalencia, en tales delitos, entre un actuar y un omitir[711].

Al analizar la teoría del tipo, ROXIN afirma que el criterio diferenciador rector del sistema debe ser la forma en que se han llevado a cabo por el legislador las exigencias del principio *nullum crimen*; y pone de relieve que para ello se dan dos métodos fundamentalmente distintos que el legislador aplica alternativamente. El primero, explica ROXIN, consiste en la descripción, lo más precisa posible, de acciones[712]. Del segundo método se sirve e legislador

---

[709] Cfr., PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, cit., p. 14.

[710] Cfr., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 383-432, pp. 496 y ss; y ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., pp. 43-53.

[711] Analiza ampliamente la problemática sobre la posibilidad de equiparar acción y omisión, VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", cit., pp. 61 y ss. Vid., también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 18 y ss., y pp. 43 y ss; PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, cit., pp. 14 y ss.

[712] Cfr., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 43, y como ejemplo de esa construcción típica propone el siguiente: "El que con violencias contra una persona o con amenazas, poniendo en peligro la integridad corporal o la vida, se apodera de una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente[…]". Para ROXIN, ésta es

preferiblemente allí donde *no le interesa la cualidad externa de la conducta* del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña[713]. Para ejemplificar este segundo supuesto, ROXIN expone que cuando el § 266 del Código penal alemán amenaza, por ejemplo, con una pena a quien "lesiona el deber que le incumbía de custodiar intereses patrimoniales ajenos" *es evidentemente indiferente la forma en que el autor ha hecho esto, si de todos modos lesiona su deber en una manera perjudicial para el patrimonio*[714].

A este planteamiento de ROXIN, se le critica[715] el hecho de generar problemas desde el punto de vista del Estado de Derecho, desde el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque no tanto por la falta de descripción de la acción, como por la posible vaguedad de los deberes. Pero en el caso de los deberes de comparecencia y de veracidad, no creo que tales críticas sean relevantes, ya que ambos deberes están, no sólo claramente determinados, sino que están positivizados[716]: así, el deber de comparecencia está positivado en el artículo 502.1 del Código penal, y el deber de veracidad lo está en el artículo 502.3. Y como acertadamente observa ROXIN, allí donde estos deberes estén determinados claramente, se cumplen de sobra las exigencias del principio *nullum crimen*, pues *la remisión a éstos deberes sustituye a la descripción de la*

---

una descripción de hechos internos y externos, que, conjuntamente, nos señalan a un ladrón en acción.

[713] ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 43.

[714] Cfr., ROXIN, *Ob. cit.*, pp. 43-44, las cursivas son mías.

[715] Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 26. Vid., también una crítica similar de SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 650-651, aunque ésta se dirigen directamente a JAKOBS, y la figura de la "competencia institucional", competencia de la que, recordemos, se derivan los deberes (deberes especiales atribuidos el particular *status* ostentado en el interior de la institución), que posteriormente podrán tener o no relevancia penal.

[716] Tomo la precisa denominación de "delitos de infracción de deber positivados", de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., por ejemplo, p. 49.

acción[717]. Cuando se analiza la infracción del deber de veracidad - que nace del rol social y normativo que desempeña en la institución el testigo -, que constituye el tipo del 502.3 CP, es, desde el punto de vista de la problemática del *nullum crimen*, notoriamente indiferente el que la infracción del deber de veracidad se realice por acción o por omisión[718], ya que la significación del hacer o del omitir se determina únicamente por su situación valorativa en la relación institucional y de aquí obtiene su relevancia típica[719]. En definitiva, advierte ROXIN, en los delitos de infracción de deber actúa típicamente quien lesiona el deber, sin que interese lo más mínimo el dominio del suceso externo[720]. Esto es, si el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso, en cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de la intervención es indiferente[721], basta cualquier "causar" de la índole que sea debido a la irrelevancia de las formas externas de la conducta[722]. Lo importante es que, desde la idea de deber, y en este caso, desde la idea del deber de veracidad, los componentes de la acción "cognitivo-naturalísticos" no desempeñan papel

---

[717] Cfr., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 44; y ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 498. Crítico con tales planteamientos, aunque la crítica se dirija a JAKOBS, es, desde el principio de legalidad, VIVES ANTÓN, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999, p. 514.

[718] En el mismo sentido, pero de modo general, vid., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 44, proponiendo los siguientes ejemplos: si el vigilante quiere ayudar a escapar al preso y deja abierta con una acción positiva la puerta de la prisión u omite cerrarla en contra de lo prescrito, esto carece de relevancia para el tipo; e igualmente carece también de importancia el que el abogado cometa el delito de prevaricación por maquinaciones activas o por omisión de las medidas necesarias. Es naturalmente indiferente (p. 46) para la realización del tipo el que el médico mate inyectando una dosis excesiva u omitiendo toda acción; y también es indiferente el que el empleado de ferrocarriles origine el choque porque cambie mal las agujas o porque no las cambie en absoluto.

[719] Vid., sobre ello, ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 46.

[720] Vid., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 49; y en p. 50, afirma que las lesiones de deber y las acciones no se pueden describir como simples acontecimientos causales.

[721] Es indiferente para el quebrantamiento de un deber que éste consista en un hacer o en un omitir, no existiendo diferencia entre el hecho comisivo y el omisivo, cfr., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 497.

[722] Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 411-412.

alguno, estando el deber más bien avecinado exclusivamente en lo normativo[723]. Evidentemente, subsiste la diferencia ontológica entre hacer y omitir; pero como el tipo es una figura normativa, la relación entre el menoscabo del bien jurídico (o la falta de cuidado por la institución) y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer[724].

4. La determinación de la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión, observada por ROXIN en los delitos de infracción de deber, y que en este trabajo hemos asumido, ha sido retomada y ampliada, fundamentalmente por JAKOBS, y alguno de sus discípulos. Y por ello, también nos apoyaremos en tales propuestas dogmáticas para seguir argumentando que en el delito de falso testimonio ante Comisiones parlamentarias de investigación no es determinante una distinción entre un hacer y un omitir.

El argumento central en JAKOBS, en cuanto al objeto actual de nuestro análisis, quedaría esbozado, básicamente, del siguiente modo: para JAKOBS, el criterio clave no es el criterio naturalista de acción y omisión, sino que el criterio clave es la "competencia", el "ser-competente"[725], ya sea competencia a consecuencia de un *status* negativo[726] - el deber de no dañar a los demás -, ya sea consecuencia de un *status* positivo - el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común[727] -. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber, cómo hay que organizar para cumplir

---

[723] Así lo expone, no en cuanto al deber de veracidad, pero sí desde un plano general, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 413, analizando un planteamiento de SCHMIDT.

[724] Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 499.

[725] Vid., también, REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," cit., pp. 950-951.

[726] Exhaustivamente, y de modo general sobre este tema, vid., el punto 2, del Cap. II, de la "Segunda parte", de este trabajo.

[727] Ampliamente vid., el punto 2, del Cap. II, de la "Segunda parte", de este trabajo.

con el deber, partiendo del - casual - *statu quo* existente[728]. La institución de la sociedad no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (*status* negativo/ *status* positivo)[729]. Esto es, los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio); y para la determinación de la infracción del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal[730]. Para JAKOBS, en general, y esta es la ampliación que se produce respecto a los planteamientos iniciales de ROXIN, la diferenciación entre acción y omisión se desvanece[731] - al ser una simple delimitación de naturaleza - tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo, o entre delito común y delito de infracción de deber. Lo fundamental será, pues, determinar el contenido de los deberes, y no tanto cuestiones técnicas mediante las cuáles estos deberes se cumplen o se quebrantan[732].

Tenemos ya una base sólida de partida, para JAKOBS, la distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en

---

[728] Que quien tiene que alimentar a un hambriento (por ejemplo, artículo 612.3 del Código penal español) en virtud de un fundamento jurídico especial, no pueda guardar la panera bajo llave o que deba facilitar activamente la panera que está guardada bajo llave, no es una cuestión del fundamento del deber, sino del casual *statu quo* del mundo exterior, vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 60-61.

[729] Vid., por ejemplo, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 69-70.

[730] Por ejemplo, JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 20.

[731] REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," cit., p. 956, lo expone con los siguientes razonamientos: "En un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al Derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación; de esta manera, ni en el plano naturalístico existen omisiones, ni resulta de utilidad dentro del Derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la *posición de garante*, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente al de acción, debe ser aplicable a toda conducta ilícita".

[732] Vid., JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., pp. 151 y ss; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., pp. 277 y ss. Mantiene una posición crítica, VIVES ANTÓN, "Comentario al artículo 11", cit., pp. 513-518.

virtud de competencia por la organización y responsabilidad en virtud de competencia institucional[733]. Y además, la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no guarda relación con la distinción entre acción y omisión[734]. Una vez fijada la idea central, veamos cómo se subdivide a su vez la irrelevancia de la distinción entre actuar u omitir[735], por una parte en los delitos de organización y por otra en los de infracción de deber.

5. En el supuesto de las relaciones negativas, del deber general de no dañar, es decir, en los delitos de organización[736], el razonamiento de JAKOBS es el siguiente:

"Si excluyo a otros de la organización de mis derechos, y además no debo, por mi parte, perturbar las organizaciones de otros sujetos, he de estar obligado a organizar de tal modo que de mi ámbito no partan perturbaciones por mi actividad o también *sin que yo actúe*; puesto que puedo lícitamente expulsar a otros de este ámbito, que denominaré ahora ámbito de organización, sólo a mí mismo me puede incumbir la supresión de un *output* lesivo de mi ámbito, y esto significa que toda la diferenciación, de apariencia compleja, entre comisión y omisión en el ámbito de los deberes negativos demuestra ser un detalle de técnica de administración: mi ámbito de organización no debe tener un *output* que lesione a otros, dicho a modo de ejemplo, no debo arrollar a nadie al conducir un automóvil, cómo se produzca ese *output*, sea por acelerar en un momento inadecuado (*hacer*), o por no frenar en el momento adecuado (*omitir*), es sencillamente indiferente".[737]

Si el deber negativo tiene por contenido no dañar a otro, basta con "no dañar" para no defraudar la expectativa. Pero dañar no significa únicamente

---

[733] Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 7/71 y 28/16.

[734] Cfr., JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., p. 279.

[735] La diferenciación entre acción y omisión carece de cualquier importancia en el momento de determinar el fundamento de la responsabilidad penal; dicho en otras palabras, la causalidad como criterio delimitador se agota en lo que a través de ella se puede o no explicar, pero no logra fundamentar una diferenciación en sede de determinación de responsabilidad, cfr., PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, cit., p. 15.

[736] Vid., también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 20-22, y pp. 22 y ss; vid., también., pp. 43 y ss.

empeorar una situación *activamente*, sino también no evitar *omisivamente* que un mal se produzca o permitir que continúe cuando el agente pudo haberlo impedido.

Como señala JAKOBS, que la extensión del propio ámbito de organización, sin consideración por los demás, tenga lugar mediante una acción (contrariando una prohibición) o mediante una omisión (contrariando un mandato) depende a menudo de variables situadas dentro un ámbito de organización, y contemplada desde fuera es fortuita[738]. Por ello, JAKOBS colige que si la distinción entre comisión y omisión afecta a un aspecto superficial, entonces no se puede establecer - en contra de la opinión completamente dominante - ninguna diferencia respecto de su cualificación como delito, y en particular ninguna diferencia cuyo contenido fuese el de que para un delito de omisión sería necesaria una posición de garante, mientras que en el delito comisivo tal posición en nada contribuiría a la responsabilidad[739]. Resumiendo: la forma en que la expectativa sea defraudada (por acción o por omisión) es totalmente irrelevante[740]. Lo que cambia es la forma de la defraudación - activa u

---

[737] Cfr., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 10.

[738] Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 28/14 y 7/56.

[739] Cfr., JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., p. 18, de aquí extrae JAKOBS la consecuencia dogmática de la existencia de posiciones de garantía tanto en los delitos activos como en los delitos omisivos; expresado con sus palabras: "Puesto que tanto en el delito comisivo como en el omisivo el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de las reglas del status general, y puesto que ese status viene determinado por el derecho a configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido y por evitar riesgos que superen ese nivel, se puede efectuar la siguiente formulación: todo titular de un círculo de organización *es* garante de la evitación de un *output* que exceda del riesgo permitido, sólo que, por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ello ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa, ni en el de omisión". Vid., también, sobre estos extremos, JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 28/13 y ss. Crítico, con tales planteamientos de JAKOBS, aunque más bien, desde una visión estereotipada de los mismos, DONINI, "Teoria del reato", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, cit., pp. 285-286.

[740] De la misma opinión, PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., pp. 30-31.

omisiva - pero no la expectativa. La expectativa defraudada es siempre la misma[741].

Ilustremos todo lo explicado con algún ejemplo[742]. Se lesiona igualmente un deber negativo, esto es, un deber de no dañar, tanto si se azuza al propio perro contra alguien, como si, por otra parte, no se silba al animal agresivo para que regrese cuando éste ha pasado al ataque por propia iniciativa. Es decir, que alguien azuce a su perro contra otra persona, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, todo es lo mismo: usurpación de la organización de un cuerpo ajeno[743], siendo irrelevante la

---

[741] Vid., sobre tal extremo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 46 y ss., señalando en pp. 47-48, un dato fundamental, y es que, el Derecho como sistema tiene su propio código, y por ello no se ve afectado por su ambiente ni por otros sistemas, hasta que él, lo recibido de fuera, lo tematiza como comunicaciones mediante ese código. Un código propio es lógico y necesario, si es que estamos hablando de ciencia jurídica y no, por ejemplo, de ciencias de la Naturaleza. Que en el "ambiente" exista una acción o una omisión es irrelevante, puesto que lo fundamental es la tematización que mediante su código realiza el sistema jurídico. Este código se basa en las expectativas; *el sistema jurídico interpreta "comunicaciones" con base en expectativas y no, acciones u omisiones*. Vid., también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 67-82; pp. 116 y ss., en especial, pp. 120-122., vid., también pp. 138-139.

Aunque SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES no se refiera específicamente a ello, considero que el código básico - que posteriormente puede ser enriquecido - con el que se maneja el sistema, es un código binario: jurídico/antijurídico. (conductas que defraudan la expectativa: serán analizadas por el código como antijurídicas; conductas que no defrauden la expectativa: serán consideradas por el código como ajustadas a derecho). Para determinar la relevancia para el sistema de una conducta (acción u omisión), ésta deberá siempre, y en todo caso, analizarse desde el software normativo, desde el catálogo de expectativas/previsibilidades de conducta en que consiste la suma de todas las normas primarias jurídico-penales - del estilo prohibido matar/obligado no matar; prohibido robar/obligado no robar -. Tan sólo cuando una conducta del "ambiente" o de la "naturaleza", esto es, una acción o una omisión, un comportamiento, entra en aparente contradicción con alguna de las normas primarias que regulan el sistema, entonces se le aplica el código, y se determina su juridicidad o su antijuridicidad. Para ello, además se podrá utilizar la institución negativa y las instituciones positivas, como formas de estar unido el agente con el bien jurídico, el concepto de expectativa, o los conceptos de status y rol, etc. Pero el lenguaje básico del código es siempre: jurídico (ajustado a una norma primaria)/antijurídico (contrario a una norma primaria).

[742] Vid., más ejemplos, en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 20-21; y p. 45.

[743] Vid., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", p. 11; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., p. 279;

distinción técnica entre acción y omisión para determinar la infracción del deber negativo de "no dañar".

Quien deja que su automóvil ruede despacio hacia una persona que se encuentra cruzando la calle, cumple el deber de no dañar siempre y cuando no acelere; en cambio, quien deja que su automóvil ruede deprisa, tiene que frenar, esto es, actuar. En cualquier caso, tiene que ocuparse de que su organización no resulte dañosa para otros. Pero es indiferente que alguien atropelle conscientemente a una persona con un vehículo acelerando (*acción*) o no frenando (*omisión*). Ello se debe a que cualquier persona es garante de que el automóvil que conduce no choque contra un peatón, y a ese respecto, la *omisión* de acelerar o la *acción* de frenar son sólo las formas externas del comportamiento en que se cumple el deber negativo de mantener inocuo el *output* del propio círculo de organización. En definitiva, sería como mínimo extraño si hubiese que encontrar desde el punto de vista jurídico entre la prohibición de dirigir un automóvil contra un viandante y el mandato de desviar el vehículo que se dirige contra ese viandante más diferencias que la pura orientación a datos fácticos de carácter casual[744]. Si en los delitos de organización, y después de lo expuesto, se intuye ya que la distinción entre actuar u omitir, tiene tan sólo la relevancia de un puro detalle de técnica; y que lo realmente importante es determinar el significado normativo de la conducta; donde más claramente se observa la intrascendencia de la distinción entre acción y omisión, y como ha expuesto ROXIN[745], es en los delitos de infracción de deber.

---

[744] Vid., sobre el "ejemplo del automóvil", JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 7/56; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., pp. 17-18; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", p. 279; JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 11.

[745] Analiza positivamente las tesis de ROXIN, relativas a los delitos de infracción de deber, VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", cit., pp.67 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 32 en nota 20, expone una lista de autores que comparten la tesis de ROXIN sobre la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión en los delitos de infracción de deber.

6. Hemos visto que en los delitos de infracción de deber no interesa tanto la cualidad externa de la conducta, sino que la importancia reside en la infracción del deber. También esta idea ha sido desarrollada por JAKOBS. Para los deberes directamente institucionales[746] - como es el caso del deber de veracidad -, el paralelismo entre comisión y omisión es conocido desde hace tiempo[747], en la forma de los delitos de infracción de deber en los que se unifican comisión y omisión, en los cuales se sanciona la lesión del deber de una solidaridad institucionalmente asegurada, o como dice JAKOBS, la lesión de establecer un mundo en común[748]. En los delitos de infracción de deber la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal[749]. En el delito de infracción del deber de veracidad del artículo 502.3 CP, no se puede encontrar más que una superficial distinción entre comisión activa y omisión; la diferencia entre comisión y omisión es, en el ámbito de un *status* especial de testigo, una diferencia natural a la que le falta una relevancia genuinamente jurídica[750]. Como ha señalado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en la teoría del delito de infracción de deber, lo relevante en cuanto a la forma del comportamiento no es

---

[746] Mantiene discrepancias en el plano de la fundamentación teórica general, de la estimación mecánica de comisión por omisión en el caso de "deberes institucionales" (en realidad, deberes de solidaridad especialmente cualificados y con consagración legal), SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11, cit., p. 473.

[747] Sostiene la equivalencia entre la realización activa y la omisiva, dependiendo de la estructura normativa del delito, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 405-406.

[748] Vid., JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, cit., p. 46.

[749] JAKOBS, destaca la irrelevancia de la distinción entre actuar y omitir en los delitos de infracción de deber, por ejemplo, en JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., p. 280, y p. 286; JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", cit., p. 641; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., p. 44; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 7/70. Vid., también, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70.

[750] De modo general, vid., JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., p. 44.

el par acción/omisión (si el sujeto actuó u omitió), sino el *status* positivo o el negativo (si el sujeto se encontraba unido al suceso por una relación positiva o simplemente negativa), es decir, la institución negativa y las instituciones positivas[751]. Para concluir esta exposición sobre las premisas dogmáticas generales de la equivalencia entre un actuar y un omitir, de nuevo, proponemos el siguiente ejemplo, analizando un delito de infracción de deber, como el contenido en el artículo 316 del Código penal[752]. En esta figura delictiva queda patente que, partiendo de un pensamiento naturalista, se desemboca en una confusión doctrinaria que no es capaz de fijar con claridad cuál es la conducta típica; así, para MUÑOZ CONDE, caben tanto conductas activas, como las de pura omisión[753]; en opinión de CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, la conducta es esencialmente omisiva[754], y de la misma opinión es MORILLAS CUEVA[755]. Ilustrativas son las palabras de TAMARIT SUMALLA, al afirmar que "la estructura típica resulta particularmente endiablada"[756], quien finalmente se decide por una estructura de omisión impropia. Sin entrar a analizar en

---

[751] Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 121.

[752] Artículo 316: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

[753] Cfr., MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, p. 298, quien ya intuye la importancia de un análisis no naturalístico, sino más bien normativista, cuando señala que: "[…] la formulación del tipo se proyecta no sobre la conducta en sí, sino en la omisión del cumplimiento de las medidas de seguridad".

[754] Cfr., CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN [et al.], *Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 565, anunciando, además, que en contra de considerar la conducta como esencialmente omisiva se pronuncian ARROYO y BUSTOS.

[755] Cfr., MORILLAS CUEVA, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal español, Parte especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1996, p. 913, quien ya señala la discusión doctrinal acerca de la conducta típica.

[756] Considera TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 872, que este delito presenta una estructura más parecida a los de omisión impropia.

profundidad esta figura delictiva, sino simplemente para demostrar la posible equivalencia entre un actuar y un omitir, basta con afirmar lo siguiente: Comete el delito el empresario que, para la construcción de un andamio, facilita a los trabajadores, cuerdas, cabos, mosquetones, arneses, y cascos, adquiridos todos ellos de "segunda mano" y todos ellos defectuosos. Y de igual forma comete el delito el empresario que no facilita a sus trabajadores ningún material de seguridad. Es del todo irrelevante la forma externa de la conducta, y tanto si entrega material de seguridad en mal estado (acción), como si no entrega material alguno (omisión), el empresario quebranta su deber positivo de mantener y facilitar las medidas de seguridad en condiciones óptimas; carece de importancia que el empresario quebrante su deber por acción o por omisión, ya que el significado de la conducta (actuar u omitir) viene determinado por la situación, la relación y la posición del empresario en relación con la institución positiva, esto es, por su posición institucional. La forma externa en que se defrauda la expectativa no es relevante.

7. La conclusión aparece ya, de manera bien definida: el delito de infracción de deber - de veracidad - del artículo 502.3 CP puede ser cometido tanto por acción como mediante una omisión. De hecho, constituye un buen ejemplo de la situación dogmática actual, en la cual, se tiende a un cierto aflojamiento de los límites entre comportamientos activos y omisivos, de tal manera que, como advierte BACIGALUPO, la exposición misma del Derecho penal no se estructura ya necesariamente sobre la base de la distinción entre tipos activos y tipos omisivos, es decir, según el sentido positivo o negativo de la conducta desde el punto de vista de una manifestación natural[757]. La conducta

[757] Cfr., BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 401. Lo que mantengo en este trabajo, es que el concepto de *deber*, y el concepto de *infracción de deber*, son conceptos y elementos que pertenecen al software normativo, a la superestructura normativa. Simplificando, puede decirse que las *acciones* y las *omisiones* que puedan determinar la infracción del deber positivo, hay que "buscarlas" obviamente en la infraestructura natural; es en el plano naturalístico donde deberé "seleccionar" aquellas *acciones* u *omisiones* con relevancia típica. Pero, y esto es el núcleo de nuestro discurso, en esa "selección" no estoy limitado normativamente a tener que "buscar" sólo, y exclusivamente, en el compartimento estanco de las *acciones*, o sólo, y exclusivamente, en el compartimento estanco de las

típica en el falso testimonio parlamentario es, en su descripción legal, simplemente "faltar a la verdad". *Prima facie*, y ante posibles interpretaciones negadoras de la posibilidad de la omisión como conducta típica, basadas en la formulación "activa" del verbo típico "*faltar*", puede aquí aportarse un contundente argumento esgrimido por SILVA SÁNCHEZ, de modo general, y según el cuál, es muy cuestionable entender que los verbos típicos de los preceptos de la Parte Especial del Código penal deben entenderse como verbos descriptivos de procesos físicos de causación, quedando por ello vedados, en principio a la omisión[758]. En realidad, cabe decir, razona SILVA SÁNCHEZ, que los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más *adscriptivo* que *descriptivo*, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción de la causalidad[759]. La expresión legal "faltar a la verdad" no constituye por tanto ningún límite que impida conceptuar, en principio, como típica, una modalidad omisiva de falso testimonio. Pero, dicho esto, de nuevo debe retomarse un concepto normativo como el de "infracción del deber de veracidad". Puesto que

---

omisiones; sino que seleccionar en uno u otro compartimento, es una diferencia sin importancia que dependerá del especial *statu quo*, en que se presente el contexto naturalístico, puesto que, indistintamente, tanto un actuar como un omitir en la infraestructura natural pueden tener el mismo significado en la superestructura normativa. Esto es lo característico en los delitos de infracción de deber. La distinción natural entre acción y omisión se torna pues, en el plano normativo, irrelevante. Aunque desde un plano general de la interpretación, lo describe de modo excelente SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", pp. 453-454, en los siguientes términos: "La interpretación reduccionista-descriptiva-causalista no se corresponde, pues, con un adecuado entendimiento del criterio gramatical semántico como marco de la construcción dogmática de los tipos, sino que constituye una mera secuela de la influencia desplegada en su día por la tesis del causalismo naturalista y del concepto unitario de autor; superadas éstas - superación que parece indiscutible - es perfectamente posible prescindir de aquélla desde las perspectivas contemporáneas.

[758] Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 60; y SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", cit., p. 453.

[759] Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 60; y SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", cit., p. 453. De idéntica opinión, sobre la base de los argumentos de SILVA SÁNCHEZ, es RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 369, quien se apoya en tal afirmación para sostener la posibilidad de la forma omisiva en el delito de prevaricación judicial. También coincidente con el razonamiento de SILVA, se muestra PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, cit., p. 20.

el deber[760] de veracidad (y la correlativa expectativa de veracidad), es el elemento normativo central del tipo, a la hora de determinar la relevancia penal de una conducta que se da en un plano natural. Y en el delito de falso testimonio, como delito de infracción de deber que es, existe una equiparación absoluta entre el comportamiento que quebranta el deber de veracidad por medio de una omisión, con aquél que lo hace a través de una acción. Como ha observado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, esta conclusión, no es ya una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino más bien, de lógica jurídica[761]: si un testigo requerido ante una Comisión parlamentaria de investigación debe cumplir con un deber positivo de veracidad, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone, aportando un dato falso (acción), como si simplemente no actúa para cumplimentarlo, y no aporta un dato esencial guardando silencio sobre tal dato (omisión). En ambos casos, en el comportamiento activo y en el omisivo, el testigo ha infringido igualmente su deber. En ambos casos defrauda la expectativa, en ambos casos su conducta es contraria a la norma primaria que le prescribía ser veraz, y en ambos casos rompe la solidaridad institucionalmente asegurada por la institución positiva.

La norma primaria de conducta del artículo 502.3 CP, aparte de fijar la expectativa positiva de veracidad y el deber positivo de veracidad; vendría a establecer lo siguiente: prohibido mentir/obligado ser veraz; a la vez, la norma

---

[760] Vid., SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, cit., 149, y en nota 849, apuntando, aunque desde otras perspectivas, que lo decisivo es el contenido del "deber"[de veracidad] concreto individual del sujeto; y aludiendo a la utilización del término "deber"[de veracidad] para expresar una relación cuyo lugar sistemático es el tipo. Puesto que, de concurrir una causa de justificación, no podría hablarse de que existe un deber jurídico-penal de realizar esa conducta. De ahí que el termino *deber* deba interpretarse como expresión de un contenido típico indicado para la protección de bienes jurídicos. La no realización de tal contenido dará lugar - si no existen causas de justificación - a la infracción de la norma penal.

[761] Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., p. 16, observando, como ejemplo, que si un funcionario debe cumplir un deber positivo, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone, acción, como si simplemente no actúa para cumplimentarlo, omisión; vid., también, p. 18, y p. 24. Vid., también, SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", cit., p. 445, apuntando que el problema de la equiparación de determinadas omisiones con las comisiones activas de delito se planteó como una cuestión de naturaleza *no dogmático-estructural*.

primaria fijaría un concepto normativo del estilo: prohibido infringir el deber de veracidad/obligado cumplir con la expectativa del rol y colaborar con la institución por medio de una aportación de datos veraces. La norma exige pues, una actuación a favor del bien o institución siendo veraz (acciones), y al mismo tiempo exige que no se actúe insolidariamente omitiendo las conductas colaboras atribuidas al rol (prohibe determinadas omisiones)[762].

En la institución positiva Comisión de investigación se dibujan una serie de deberes positivos especiales o posicionales, que en consecuencia pueden adscribir una responsabilidad penal por la omisión posicional. Para la realización de la institución es necesario que se de una organización con su correspondiente determinación de roles, y de los deberes y obligaciones adscritos a esos roles (en este caso, el deber de veracidad en el rol de testigo), de forma que, a través del cumplimiento de los deberes de cada posición especial o rol quede garantizada la realización y el correcto funcionamiento de la institución[763]. Y el deber de veracidad puede quebrantarse tanto mediante una acción (aportación de un dato falso) como mediante una omisión (no aportación - mediante silencio[764], por

---

[762] Puesto que el deber negativo también abarca el deber de no dañar a la institución.

[763] Ya HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, cit., § 294, y Observación, argumentaba que: "El individuo que por medio de un acto soberano está ligado a una función pública, tiene como condición de la unión en que se halla el cumplimiento de su deber, de lo sustancial de su relación (§ 294). El Estado no cuenta con prestaciones arbitrarias y caprichosas. […] El servicio del Estado exige, por el contrario el sacrificio de la arbitrariedad y personal satisfacción de fines subjetivos, y da justamente por ello el derecho de encontrarla en el cumplimiento del deber, pero sólo en él. En esto reside, desde esta perspectiva, la unión del interés general y particular que constituye la solidez interna del Estado. […] La prestación que tiene que realizar el servidor del Estado es, tal como se presenta inmediatamente un valor en y por sí. El agravio causado por no realizar una prestación o por una lesión positiva (acción contraria al servicio, y ambas lo son) es por lo tanto una lesión a lo universal mismo, y por consiguiente una falta o incluso un delito", (Obs.).

[764] SILVA SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 11", cit., p. 484, estima que: "En ocasiones, cuando la Jurisprudencia - o la doctrina - aluden a la comisión por omisión de un determinado delito (por ejemplo, de mera actividad, o de medios determinados), más bien se trata de supuestos de "actuar concluyente" por pasividad o silencio; y ello, en opinión de SILVA, no tiene nada que ver con la comisión por omisión, por mucho que sea ésta la terminología empleada". No obstante lo expresado por SILVA, no cabe duda de que silenciar un dato *es una omisión*, y que no aportar un dato *es una omisión*; en un plano natural, o estríctamente ontológico *son omisiones*; ahora bien, que a tales omisiones se les quiera atribuir un *significado estríctamente normativo como "actuar concluyente"*, no deja de ser una postura cercana a la aquí defendida, pues, en cierto modo, se está manejando la conclusión de que un

ejemplo - de un dato verdadero y necesario). En una línea similar, VOLK, plantea el problema relativo al tipo de relaciones que se dan entre los bienes jurídicos funcionales y su idoneidad para ser agredidos mediante una acción o una omisión[765]. VOLK, observa que sustancialmente no hay diferencia alguna, ya que tales instituciones, o tales unidades funcionales, que son tuteladas por el Derecho penal, dependen de las informaciones y de los datos de los potenciales autores; y por tanto, no tiene ninguna importancia que la información aportada sea falsa (acción) o que falte completamente (omisión): en ambos casos es disfuncional, y por ello sólo parece coherente incriminar una falta de colaboración[766].

Lo que se pretende con la norma primaria de conducta del artículo 502.3 del Código penal, es evitar el abandono del rol, ya que esto implica un aspecto negativo en términos funcionales relativos al sistema. Precisamente porque la institución Comisión parlamentaria de investigación depende de las realizaciones de los otros (no de los parlamentarios sólo, sino básicamente de los testigos), el simple abandono del cumplimiento de la expectativa puede ser, en términos funcionales, una acto agresivo que de hecho lesiona la institución, el bien jurídico. Pues bien, y de nuevo, el abandono del cumplimiento de la expectativa puede producirse, mediante la aportación de un dato falso (acción), como mediante la no aportación de un dato fundamental (omisión). O dicho de un modo genérico: la solidaridad institucionalmente asegurada mediante deberes positivos atribuidos a determinados roles puede ser quebrantada indistintamente

---

omitir (silencio) puede ser relevante para el tipo, sin necesidad de reconducirlo a una comisión por omisión. Pero para determinar su adecuación típica no debe deformarse lo que ontológicamente consiste en una *omisión*, y tratar de pasarlo bajo la falsa apariencia de una acción; lo que debe aceptarse, sencillamente, es que la distinción entre actuar y omitir es irrelevante para determinar la infracción del deber de veracidad.

[765] Cfr., VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", cit., p 75.

[766] Cfr., VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", cit., p 75, planteando además la pregunta de dónde deben ponerse los límites a este modelo de razonamiento.

por medio de una acción o por medio de una omisión[767]. Podemos concluir con un pragmático razonamiento de VOLK, quien tras analizar la problemática de la equivalencia entre acciones y omisiones en Derecho penal, afirma lo siguiente:

"Todavía no se ha podido determinar con absoluta certeza la validez de la tesis según la cuál la distinción entre acción y omisión o es evidente, o está obsoleta. Pero sin embargo, tal tesis ha devenido plausible. Si ésta fuese fundada, entonces, deberemos esforzarnos por mantener una disputa dogmática escrupulosa y metódica, sobre la exacta delimitación de los dos conceptos; tendremos así, mayores posibilidades de ocuparnos, en vez de esto, de problemas político criminales y dogmáticos en relación a los cuáles, actuar y omitir sean tratados no de forma separada, sino de forma conjunta"[768].

[767] También PÉREZ DEL VALLE, "La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal. (Acerca de la crítica a la teoría de los bienes jurídicos desde la Parte especial del Derecho penal)", cit., p. 1839, mantiene planteamientos similares, cuando considera que es posible encontrar una solución metodológica a través de las posiciones de garante con indiferencia del carácter activo u omisivo del comportamiento como criterio interpretativo de los tipos de la Parte Especial. En opinión de PÉREZ DEL VALLE, al menos, el ensayo de la interpretación de los tipos penales que contiene el artículo 467 del Código penal sobre la base de una posición de garante de competencia institucional aplicable a delitos activos u omisivos permite obtener unas conclusiones razonables sin necesidad de forzar el enunciado del bien jurídico protegido.

[768] Cfr., VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", cit., p. 83. Participando en el debate, y realizando consideraciones en torno a la viabilidad de un supraconcepto que englobe acción y omisión, SERRANO PIEDECASAS, "Crítica formal del concepto de omisión", cit., pp. 1004 y ss, apunta que: "Ciertamente, la omisión y la acción se sustentan en sendos juicios axiológicos negativos y, desde este punto de vista se puede sostener que tal requisito conforma el elemento común de ambos comportamientos. No obstante, cabe preguntarse si hemos llegado al final del camino, o quizás exista un concepto más primitivo y común a ambos tipos de conducta. La opinión que aquí se mantiene es la de que este supraconcepto se debe situar en un plano previo al axiológico y que radica en una idéntica *propiedad de ser* común a ambos tipos de conducta: el comportamiento (pp. 1005-1006). […] En definitiva, es en el comportamiento entendido como manejo no determinista de procesos causales, el lugar en el que se encuentran ambas conductas. Ésta es su característica común. El sujeto se relaciona con el mundo exterior mediante procesos causales, bien provocándolo, no iniciándolo o dejando que sigan su curso. Esta relación adquiere la cualidad de humana siempre que la susodicha interacción sea consciente, y no determinada físicamente (p. 1007)." SERRANO PIEDECASAS sitúa pues, el supraconcepto en un plano ontológico, y efectivamente ese plano ontológico mínimo (también pertenece a ese plano ontológico mínimo la necesidad de una mínima capacidad de motivación), nunca podrá ser ignorado por la estructura normativa; pero la pregunta que sigue abierta es la siguiente: ¿es relevante para determinar la conducta típica, distinguir necesariamente entre acción y omisión; o bien tal distinción, como aquí se propone, está perdiendo progresivamente relevancia, en detrimento de conceptos normativos?

CONCLUSIONES

Con el Iluminismo, y frente a la concepción anterior del Estado, se produce un cambio de paradigma que da lugar al nacimiento del Estado de Derecho. La concepción liberal de la sociedad se fundamenta en la idea de pacto social, que parte del individuo humano como un ser independiente y soberano. La sociedad es derivada y secundaria, el individuo que entra en el pacto es la unidad básica y originariamente soberana. En este marco el Derecho penal necesitará de una justificación y legitimación política, moral y cultural. En el Estado Liberal, el concepto de bien jurídico-penal aparece como concepto material y dotado de contenido. El núcleo esencial del hecho punible (FEUERBACH) será la lesión de un derecho subjetivo y todas las normas penales se establecen, con carácter necesario, *para la protección del círculo de las facultades jurídicas atribuidas a una determinada persona*. En este contexto imperan el principio de absoluta libertad individual, y el "principio de no injerencia" de la ley ni del Estado en el ámbito de dominio de la esfera privada. La tendencia básica de los contratantes es a salvaguardar la máxima libertad de cada individuo; por lo tanto, la tendencia es a tener los menos deberes posibles.

El ordenamiento penal de tipo liberal-iluminista, es un ordenamiento de *prohibiciones*, los deberes de los individuos en la sociedad serían básicamente *negativos*, deber de omitir acciones lesivas. Rige el principio *neminem laedere*, según el cuál los derechos y deberes de los individuos serían básicamente negativos. La obligación originaria (natural) del ciudadano (miembro de la sociedad burguesa) consiste únicamente en la abstención (FEUERBACH). El ilícito penal es fundamentalmente un ilícito que se realiza mediante acciones, siendo la responsabilidad por omisión un fenómeno excepcional.

La evolución hacia el Estado social y democrático de derecho va a suponer, de nuevo, otro cambio de paradigma. El Estado (social) a diferencia del Estado liberal, va a adquirir un mayor protagonismo, en amplias esferas, y esto se traducirá en la imposición a los ciudadanos del deber (a veces deberes penales) de llevar a cabo determinadas acciones encaminadas a la obtención de alguna finalidad que el Estado ha asumido como propia. El principio de no injerencia (*neminem laede*) ya no es el único válido para regular la convivencia, y el derecho subjetivo se retrae en favor de nuevos objetos de tutela. El "Estado social", el "Estado solidarista", el "Welfare State", no son sino denominaciones que indican, un preciso fenómeno institucional: el Estado ha cambiado en su configuración y en sus objetivos, el Estado ya no se ve como un garante "externo" de los fundamentos de la sociedad burguesa, como una institución que opera disciplinando las meras relaciones formales entre sujetos individuales. Al Estado social le corresponde la tarea de organizar y recomponer directamente la sociedad civil, Aparece de este modo, frente a una función del Derecho penal solamente prohibitiva de comportamientos socialmente indeseables, una "función promocional" de comportamientos socialmente deseables. Una consecuencia, verificable empíricamente, es el aumento del Derecho penal omisivo (propio) como una exigencia del Estado social y democrático de derecho. Pero más que a un aumento del Derecho penal omisivo, asistimos a un aumento de deberes positivos que vienen impuestos por el Estado a las personas (como el deber de colaborar con una Comisión de investigación, compareciendo ante ella y declarando verazmente). La simple infracción de deberes de activarse se penalizaba únicamente en casos excepcionales. Pero el progresivo abandono del principio liberal de no injerencia del Estado en la actividad privada de los ciudadanos, y la creciente función intervencionista de los poderes públicos, han determinado un aumento de los deberes positivos atribuidos a los componentes de una sociedad.

Debe asumirse la existencia de un cambio en el sistema actual de referencia, y por tanto también en el Derecho penal como subsistema. Puesto que si el Derecho penal es un subsistema dentro del sistema social y por tanto en comunicación con él, entonces el Derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico estatal y se adapta progresivamente a los cambios que se producen en el sistema referencial. En el Preámbulo de la Constitución (utiliza los términos: *promover, garantizar, consolidar, proteger...*) se marcan unas líneas programáticas de actuación de clara tendencia promocional con objetivos solidaristas. Si admitimos que el Derecho penal debe asumir y representar los objetivos de la sociedad democrática de la que forma parte, deberemos asumir que si tales objetivos son promocionales, inevitablemente acabarán impregnando el contenido del propio Derecho penal, y la estructura de sus ilícitos. Por tanto, el Derecho penal vigente en España debe ser analizado desde la perspectiva de su creación y aplicación en un Estado social y democrático de derecho, puesto que la Constitución, en su artículo 1 no proclama un Estado liberal, sino al contrario, un Estado social y democrático de derecho.

En el sistema social proclamado por el artículo 1º. de la Constitución española existen, - en un plano normativo - *para los ciudadanos, deberes en general y deberes jurídico-penales en particular que podremos denominar deberes positivos y deberes negativos*. El Derecho penal no es autónomo ni en el establecimiento de sus objetivos, ni respecto de su propio contenido, y esto precisamente porque *el Derecho penal como sistema normativo no es un sistema cerrado, sino en contacto con otros sistemas o subsistemas, y en especial con dos: el sistema global de referencia que es la sociedad, y el subsistema político que va marcando sus contenidos, penalizando y despenalizando determinadas conductas.* Como afirma HEGEL: un Código penal pertenece esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil. El dotar de contenido concreto a las normas penales, el construir esa red de normas básicas que estructuran la sociedad, no es el cometido que funcionalmente identifica al sistema jurídico, sino labor de otros (sub)sistemas, y paradigmáticamente el político. Por eso la discusión al respecto es política y no jurídica o jurídico-penal.

El concepto de obligación o deber ostenta sin duda una función esencial en el derecho en general y sin duda en el sistema penal en particular. Y la importancia de las obligaciones en el ámbito del derecho es clara, incluso se considera por muchos autores como la *principal figura jurídica*, o como aquél concepto que permite una correcta comprensión de las normas jurídicas. Los términos *deber* y *obligación* se conceptúan como términos equivalentes, en la medida en que ambos términos son empleados en la actual teoría política, moral y jurídica de forma indistinta e intercambiable, y asimismo son utilizados en los ordenamientos jurídicos como sinónimos sin que se establezca ningún tipo de diferencia entre su respectivo significado

Desde el iusnaturalismo moderno (GROCIO) que consideró que, dado que todos los hombres son seres igualmente independientes, la única categoría que podía crear una *obligación jurídica lícita* para alguien era la del *pacto.* Pasando por KANT, hasta KAUFMANN, desde la teoría general del Derecho o desde la Filosofía del derecho, aunque con fundamentos distintos, se ha asumido, admitido y desarrollado la idea de deber jurídico, o de obligación jurídica. Así, concretamente en el ámbito penal, para KAUFMANN, la obligatoriedad de las proposiciones jurídicas se refiere siempre a un sujeto que está (vinculado) obligado; y con respecto a este sujeto, la obligatoriedad expresa que está obligado a algo. Y determina que la proposición jurídica cuyo efecto es la fundamentación del deber jurídico concreto del individuo, tiene que describir o formular esta obligación de manera abstracta. Pues el deber jurídico concreto puede inferirse del orden jurídico abstracto sólo si éste indica (abstractamente) tanto el efecto de la obligación, como sus presupuestos.

Debe partirse de una necesaria separación entre derecho y moral, y por ello entre obligación jurídica y obligación moral. Por tanto, no es aceptable la total identificación entre deber jurídico y deber moral. Pero si bien no puede hablarse de una plena identificación; tampoco es posible admitir una tajante y absoluta separación. Las actitudes jurídicas (las normas jurídicas), no están interesadas en el individuo y su entorno, sino en la organización externa del intercambio social, es decir, en el Estado como institución social. Las nociones jurídicas están asociadas con instituciones sociales, mientras que las nociones morales están relacionadas con individuos. El derecho, en contraste con la moral es un orden social, esto es, un conjunto de conductas coordinadas comunes a un grupo de individuos. El deber jurídico-penal es obligación de una determinada conducta que no defraude las expectativas de los demás, expectativas que se han formado por medio de la regulación normativa, y sobre la base de las cuáles se regula la convivencia en sociedad y se mantiene la coherencia del sistema. Esta obligación comportamental poco tiene que ver con criterios morales. Del deber jurídico-penal de actuar no se puede extraer ninguna conclusión acerca del deber moral o racional de actuar, no porque el deber jurídico-penal sea un deber subordinado al moral, sino porque es un deber de otro tipo, independiente de cualquier deber moral o de racionalidad.

Si existe una razón primigenia de obediencia a la ley, ésta no es desde luego (por imposibilidad lógica) jurídica; pero que no sea una obligación jurídica no implica necesariamente que deba ser una razón moral; salvo que entendamos que toda aquella obligación que no es jurídica es necesariamente moral, pues sólo existen estas dos clases de deberes. Entonces por razón moral también puede entenderse: razón práctica, razón política, razón ética, razón utilitarista, y entonces habrá que aceptar que si hay alguna obligación de obedecer a la ley es en última instancia una obligación moral. En un Estado social y democrático de derecho, todos los deberes jurídicos (deberes penales incluidos) se orientan mediata o inmediatamente, a la consecución de los fines constitucionales proclamados en el sistema de valores y derechos fundamentales, que representan el punto de encuentro entre el Derecho, la moral y la política.

Las normas primarias, existen normativamente, regulan la convivencia social, y pueden inferirse de las secundarias; salvo que se quiera asumir que un juez tiene la obligación de dictar una sentencia penal justa (norma secundaria), pero al mismo tiempo no tiene el deber de no prevaricar (norma primaria). De un enunciado prescriptivo del estilo "el que matare a otro será castigado", pueden deducirse una norma primaria (obligado no matar/prohibido matar) y una norma secundaria (mandato de sanción para los jueces). Ambas normas no sólo tienen un contenido directivo de conductas para sus destinatarios, en el primer supuesto cualquier ciudadano (incluidos también los eventuales jueces que también tiene prohibido matar), en el segundo supuesto sólo los jueces (pues sólo ellos pueden

imponer sanciones penales en un Estado de derecho), sino que también poseen un elemento valorativo, pues normativamente se está comunicando que la vida de las personas es valiosa.

Nadie mantiene actualmente en la doctrina penal una concepción puramente imperativa de la norma; y las tesis de la norma penal como norma de valoración, sustentadas por VON LISZT, y desarrolladas por MEZGER se han visto ampliamente superadas por una teoría de la norma penal como norma directiva de conductas. El injusto ya no se concibe sólo como infracción de una norma objetiva de valoración, sino como infracción de una norma de conducta, que no sólo debe ser analizada en la culpabilidad. Estas teorías aceptan la norma de valoración, y esto puede apreciarse claramente en la secuencia escalonada de valoraciones" de KAUFMANN.

Para mantener una teoría de la norma como norma de conducta, es necesario que ésta pueda ser comprendida y conocida por su destinatario, de otro modo las normas no servirían para regular la convivencia en sociedad. Pero no todos los sujetos que viven en sociedad son destinatarios idóneos de las normas primarias penales (ni de la pena); se necesitan unos requisitos biológicos y psicológicos mínimos (prerrequisitos ontológicos mínimos) en los destinatarios para poder llegar a ser motivados por las normas, y que éstas sean funcionales. Un inimputable profundo, sin consciencia de la realidad, que omite un deber de socorro, no actúa antijurídicamente, ni antinormativamente, no infringe deber alguno porque es totalmente inaccesible a la motivación de la norma. Además, el inimputable profundo que no presta socorro, no defrauda ninguna expectativa, pues, desde un punto de vista social y comunicativo, respecto a él, las víctimas accidentadas no pueden tener una expectativa coherente, no pueden "esperar" de él que organice su mundo de forma tal que pueda ayudarlos. En la vida social que el Derecho penal pretende controlar, existen múltiples ámbitos de competencia, y a cada persona sólo puede serle exigible aquello que caiga dentro de su respectivo ámbito de competencia. Pues bien, la prestación de socorro por parte de un oligofrénico profundo, ignorante de la realidad, a las posibles víctimas de un accidente no corresponde a su ámbito de competencia. El sujeto no comunica, con su omisión de socorro, a la sociedad que la norma no sigue vigente. Ni comunica que entre la opción de ayudar, y la opción de no ayudar, ha preferido la segunda; el sujeto no es consciente de esas opciones, y por ello su acto no contiene un significado antinormativo. Un sistema social no es posible sin lenguaje ni sin algunas pautas mínimas de cultura, *tales como el conocimiento empírico necesario para enfrentarse con las exigencias de una situación*, ni sin pautas suficientemente integradas de simbolismo expresivo y de orientación de valor, pues bien, sin estas características tampoco puede hablarse de contacto social, ni por tanto de conducta antinormativa ni antijurídica. La conducta de determinados inimputables no es antijurídica sólo porque no son motivables por la norma (aunque también), sino porque además, con ella no están comunicando

o documentando socialmente que su actuar u omitir, en el proceso interactivo, implique una negación del sistema.

Una sociedad que quiera garantizar contactos masivos y anónimos necesita de formas objetivas de comunicación, es decir, de la introducción tanto de estándares vinculantes como de expectativas de comportamiento en ámbitos determinados; pues de lo contrario, nadie podría orientarse de forma coherente y predecible en el intercambio de contactos, imposibilitándose así la conformación misma de una sociedad estable; ya que sin expectativas normativas estables, no se pueden posibilitar los contactos sociales. Para regular esta situación, la sociedad utiliza un instrumento jurídico que denominaremos norma; y que concluimos que es *una norma de conducta*, puesto que el propósito de todas las disposiciones jurídicas, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras.

Existe una parcela de la realidad que puede denominarse "realidad normada", o más bien "realidad de conductas normadas"; puede que sea una *realidad virtual*, pero a través de ella los sujetos despliegan su vida en sociedad, establecen una comunicación objetiva. El conjunto de normas jurídico-penales de conducta vigentes en una sociedad es el "software" mínimo de expectativas normativas necesario para mantener operativo el sistema. Puede decirse también, que este "software" reduce la complejidad del sistema. Las normas de conducta son el "software" con el que se regula y establece la convivencia básica, la interacción indispensable entre los sujetos; es aquello que está pautado y estandarizado. El soporte del programa (el "hardware") es evidentemente la realidad física, el entorno. Sólo que, la mayoría de las veces, ambos mundos, el normativo y el físico-natural, se superponen, convergen cuando se trata de analizar la coexistencia de personas en sociedades desarrolladas.

Una teoría de la norma jurídico-penal "conciliadora" quedaría esbozada de la siguiente forma: la norma primaria puede ser a la vez, la exigencia de una conducta adecuada a la norma, y la creación de una expectativa normativa de conducta (también adecuada a la norma). La norma secundaria operaría como coacción/sanción por haber exteriorizado una conducta antinormativa (contraria a la exigida por la norma primaria), y como estabilización contrafáctica de la expectativa normativa defraudada (contenida en la norma primaria), pero también, y ésta es una idea en la que hay que incidir, como estabilización contrafáctica del mandato o prohibición contenido en la norma primaria. Con ello pretendo aportar la siguiente visión: al entrar en juego la *norma secundaria*, el mandato de sanción, y si se quiere, la pena, ésta no sólo sirve para confirmar a toda la ciudadanía que puede seguir confiando en la vigencia de la expectativa normativa de no ser - por ejemplo - matados, sino, y sobre todo, sirve *para confirmar que la prohibición de matar sigue vigente*. Por tanto la secuencia de

razonamiento sería la siguiente: como sigue vigente la prohibición de matar (contenida en la norma primaria), entonces sigue vigente la expectativa normativa de que no me maten (también contenida en la norma primaria). En esta secuencia se unen el imperativo y la expectativa de forma lógica, y no de forma contradictoria. La norma secundaria sirve pues, para estabilizar contrafácticamente la vigencia de los dos contenidos de la norma primaria, es decir, de la expectativa y de la prescripción (prohibición o mandato). La visión que aquí se propone mantiene que la norma secundaria estabiliza dos contenidos y no sólo uno de ellos.

Para orientarse en sociedad, los déficits cognitivos que vienen condicionados por el anonimato deben ser compensados por estándares normativos, y éstos se hallan encuadrados en el ámbito penal, en las normas primarias jurídico-penales, que por un lado tienen un contenido prescriptivo y por otro fijan la expectativa. Sólo resulta posible la orientación si no hay que contar en cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. La previsibilidad, o mejor dicho, el catálogo de previsibilidades, el "software de previsibilidades/expectativas de conductas" con el que yo me oriento en sociedad, es, en el ámbito del Derecho penal, la suma de las normas primarias jurídico-penales. Sobre la base del "software de previsibilidades/expectativas de conducta" yo espero en sociedad determinados desenlaces, justamente porque están *prescritos* por las normas primarias que fijan las expectativas, cuento con ellos y en función de ellos me organizo. Yo sé que está prohibido matar, y por eso espero que no me maten, sé que está prohibido lesionar, y por eso confío en que nadie me lesione, sé que está prohibido robar, y por eso espero que nadie me robe, sé que existe la obligación de prestar socorro, y por ello confío en que si tengo un accidente la gente me prestará auxilio (como contrapartida yo sé que los demás esperan lo mismo de mí: que no los mate, que no los lesione, que no les robe, y que en caso de necesidad, los auxilie). Por eso uno puede salir a la calle, ir al parque y cruzarse sin temor, y de forma socialmente organizada con miles de personas anónimas. Uno cuenta con que esas personas anónimas manejan y comparten el mismo "software normativo", de previsibilidades/expectativas, pero también de *prescripciones*, que el que uno mismo utiliza. Y la única garantía que tengo es la que me otorga el ordenamiento jurídico-penal mediante el establecimiento de prescripciones de conducta (obligaciones y prohibiciones; deberes negativos y deberes positivos) y también de expectativas normativas de conducta, que a su vez, vienen reforzadas por la norma secundaria.

En el supuesto hipotético de que dos individuos se encontraran en pleno y total estado de naturaleza, la complejidad sería total, pues ninguno sabría lo que puede esperar del otro, cualquier acontecer sería posible en una situación así. La sociedad, constituida en, y por la comunicación, precisamente es posible en base a reducir esa complejidad. Por ello, el sistema social de referencia se divide en

subsistemas, uno de ellos es el derecho, y dentro de éste, otro subsistema es el Derecho penal. El subsistema penal tiene como cometido resolver un ámbito delimitado de problemas y reducir parcelas de complejidad para facilitar la comunicación social. Desde esta perspectiva, las normas primarias por medio de un contenido prescriptivo, permiten establecer pautas de conducta y dar lugar a la formación de expectativas. El Derecho penal selecciona un estilo *normativo* de expectativas, porque cree que las expectativas deben mantenerse incluso en caso de una decepción, porque las considera justificadas. El Derecho penal protege, como función propia, expectativas normativas de conducta; pero no sólo protege expectativas, también protege la vigencia del contenido prescriptivo de la norma primaria, y es evidente que mediante la expectativa y mediante la prescripción, la norma busca que no se produzca un estado de cosas desvalorado por la norma primaria, siguiendo con el ejemplo clásico, busca que "no se mate", es decir, desaprueba conductas homicidas, y una razón por la que se desvaloran conductas homicidas es porque se valora la vida. Por tanto la norma primaria no sólo protege expectativas, sino también bienes jurídicos. No parece contradictorio afirmar que pueda proteger ambos elementos simultáneamente.

En Derecho penal, la norma primaria de conducta crea expectativas de conducta que sirven de orientación estable en los contactos sociales, y por otra parte crea una directiva de conducta que se dirige a sus destinatarios para obtener de ellos la conducta exigida: ordenada o prohibida. *La norma primaria jurídico-penal es una expectativa para "ego": porque es una directiva de conducta para "alter"; recíprocamente, la norma primaria es una expectativa para "alter": porque es una directiva de conducta para "ego"*. La norma secundaria refuerza el contenido de la norma primaria, y en caso de conflicto, actúa estabilizando contrafácticamente (frente al hecho delictivo) la vigencia de la prescripción y de la expectativa, así como del contenido valorativo que pudiera tener la norma primaria. En un ámbito teórico de "teoría de las normas", podemos afirmar que las normas penales despliegan, al menos, estas funciones.

Con la Constitución de 1978, las Comisiones de investigación o encuesta alcanzan por vez primera en la historia del constitucionalismo español, su reconocimiento en la Norma Fundamental, concretamente en el artículo 76. Y la Constitución, por primera vez en nuestra historia parlamentaria llama a la Ley para que establezca sanciones a quienes incumplan el deber constitucional de comparecer a requerimiento de una Comisión de investigación, planteando al legislador ordinario la necesidad de resolver diversos extremos. Uno de estos extremos lo constituye el establecimiento de sanciones penales en caso de incomparecencia o falso testimonio ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma.

La nota que caracteriza de forma más relevante a las Comisiones de investigación parlamentarias, y que las distingue de otras figuras, es la de los poderes extraordinarios de que disponen para desarrollar su función. Estos poderes extraordinarios se han venido denominando en el derecho comparado como: *the power to send for persons papers and records.* De forma generalizada, tanto en el derecho Comparado como en el ordenamiento español, las Comisiones de investigación cuentan con unos poderes extraordinarios para ejercer sus tareas investigadoras, y esta característica las diferencia del resto de comisiones parlamentarias.

El artículo 76.2 de la Constitución estableció, en el año 1978, no sólo la obligación de comparecer a requerimiento de las Cámaras, ante una Comisión de investigación; sino que junto a ella, dispuso expresamente que "la ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación". Esta "llamada" que la Norma Fundamental hacía a la ley para que estableciera y regulara las sanciones por incomparecencia, no tuvo su concreción normativa hasta que cinco años después, en 1984 se creó la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras. El artículo 4.1 de dicha ley disponía que: "El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave".

La Disposición Derogatoria, 1, f), párrafo séptimo de la L.O. 10/ 1995, de 23 de noviembre que aprueba el Código penal, *deroga* el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras. Que viene a ser sustituido por el artículo 502 del Código penal. Como novedad, se extiende la obligación y la sanción por incomparecencia ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esta novedosa tipificación se debe a una enmienda del Grupo Convergencia i Unió en el Congreso. Pero ello se produce sin que la L.O. 5/1984 se haya extendido de forma paralela a las Comunidades Autónomas, y va a implicar consecuencias en cuanto a la indeterminación del tipo, o incluso puede que nos hallemos ante una ley penal en blanco, por falta de normativa que desarrolle la *forma legal* en que habrán de producirse los requerimientos para comparecer ante una Comisión de investigación de Comunidad Autónoma.

El falso testimonio parlamentario es un delito (en principio) de mera conducta, de peligro abstracto, que tutela un bien suprainividual o una función institucional, en el que lo característico es la existencia de un deber de veracidad como concreción de un deber de colaboración. En la incomparecencia parlamentaria se dan análogas características, sólo que en vez de ser un delito de mera actividad, es un delito de omisión propia, con remisión expresa a la

desobediencia, y cuyo núcleo reside en la infracción de un deber de comparecencia como concreción positiva de un deber genérico de colaboración con las Comisiones de investigación. La norma primaria de estos delitos vendría a exigir lo siguiente: "Tú ciudadano o funcionario tienes el deber de colaborar con la institución positiva (estatal o autonómica) Parlamento y sus Comisiones de investigación, y por ello tienes la obligación jurídico-penal de comparecer cuando se te requiera, y de ser veraz en tu testimonio". La Comisión de investigación representa un sector de la realidad social en el que la norma ordena la ejecución de determinadas conductas destinadas al mantenimiento del bien jurídico. Estas figuras delictivas serían la expresión de un aumento de la tutela de bienes colectivos por medio de la técnica de los delitos de peligro abstracto, de mera conducta y de omisión propia. En realidad se trata de figuras delictivas en las que una vinculación efectiva y externa entre el momento de la ofensa y el resultado aparece como un elemento no concebible externamente; ello implica que sea un material que haya que "re-normativizar", y que por tanto se entenderá de manera más coherentemente desde la teoría de las normas. Con ello, no pretendo, en principio, justificar la existencia de tales figuras, tan sólo analizarlas, comprenderlas y explicarlas, puesto que no puede falsearse la realidad normativa.

De hecho, tanto la incomparecencia como la falta de veracidad en una declaración, parecen la tipificación de auténticas tentativas; son figuras en las que debería reconocerse que el umbral de la tutela se inicia con la conducta (activa u omisiva) y en ella termina. Son delitos en los que el desvalor de resultado queda desplazado, y el centro del injusto lo constituirá el desvalor de la acción. El núcleo de la antinormatividad es la infracción de la norma de conducta, sin que se exija la concurrencia de un posterior resultado lesivo para un bien determinado. El delito se agota en la exteriorización de una peligrosidad (objetiva/social) por medio de la simple realización de una conducta (activa u omisiva). El delito, en estos supuestos, no sólo consiste en la lesión de un bien jurídico, sino que representa además la infracción de un deber jurídico-penal contenido en la norma primaria, por ejemplo: "Obligado comparecer/prohibido no comparecer", "Obligado decir la verdad/prohibido faltar a la verdad". Aparecen así, como necesidades de conductas adecuadas a las normas, los deberes positivos jurídico-penales de comparecencia y de veracidad ante una Comisión de investigación Parlamentaria, y por ello creo que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación, estudio, y análisis del tipo. No hay acciones de ilícito, cuyo desvalor no esté referido, de alguna manera, a un bien jurídico; toda prohibición o mandato jurídico-penal sirve a la protección de un bien jurídico. Esto vale también para los delitos de mera actividad, de omisión propia y de peligro abstracto; el problema es que no todos los bienes jurídicos se concretan en objetos corporales que sean accesibles a una afectación directa. Y en definitiva, el medio jurídico para alcanzar esa meta de protección, es decir para que no se den acciones que lesionen el objeto de bien jurídico, o para que sean

ejecutadas acciones que mantengan el objeto de bien jurídico, son las normas jurídicas primarias de determinación.

La equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional, como es el caso de los delitos de infracción de deber de veracidad y de comparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias. En los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional, debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación - no necesariamente interesada - en el caso ideal de una comunidad vital. A causa de esta comunidad le afectan al autor expectativas especiales de comportamiento (como la comparecencia y la veracidad), cuyo contenido no se puede reflejar, o sólo incompletamente si se atiende sólo a la lesión de un bien.

Tras comprobar la existencia de delitos muy alejados del principio de ofensividad en la realidad jurídico-penal vigente en nuestro Estado social y democrático de derecho; y en la medida en que no resulta aceptable falsear la realidad normativa, puede, con toda prudencia, afirmarse con JAKOBS, que no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos se hallaría en el incumplimiento de un deber. Deberes jurídico-penales que se deducen de la norma primaria, en la que se hallan contenidos, y que pueden ser tanto negativos (prohibido matar/obligado no matar), como positivos (obligado comparecer/prohibido no comparecer). Lo característico en los delitos de incomparecencia y de inveracidad parlamentarios es que el legislador ha conceptuado las conductas de "comparecer" y "declarar verazmente", como conductas positivas, valiosas, necesarias, y sin las cuales no es posible la existencia o mantenimiento de una Comisión parlamentaria de investigación. La propia comparecencia y el testimonio veraz, ambas *conductas* son el bien jurídico inmediato de estos delitos; la veracidad y la comparecencia son los elementos valorados de los cuales el comparendo aparece como garante (incluso a su pesar). El legislador establece una relación positiva y necesaria entre el testigo compareciente y la Comisión de investigación, le impone unos deberes positivos jurídico-penales, y le otorga un *status* particular del que derivarán roles y expectativas

JAKOBS ha distinguido entre deberes generales, deberes especiales; y responsabilidad en virtud de organización, y responsabilidad en virtud de competencia institucional. La persona, contemplada desde un punto de vista normativo, es la unidad ideal de derechos y deberes. Los deberes a su vez pueden distinguirse en positivos y negativos. Los deberes positivos serían deberes especiales que sólo atañen a grupos específicos de personas, y los deberes

negativos serían deberes más generales que incumben a todos. El mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica. De lo contrario sería un mero suceso natural. Existe en general y es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: Los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de responsabilidad por organización. Los deberes negativos son pues los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de la organización defectuosa, se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un *rol común*. Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello cada persona es garante de la inocuidad de su conducta.

Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común - al menos parcialmente - con un beneficiario. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un *status* especial: por ejemplo, un testigo llamado ante una Comisión de investigación. La decepción de la expectativa, la infracción de esos deberes positivos, da lugar a los denominados delitos de infracción de deber.

La distinción entre los delitos de organización y los de infracción de deber se encuentra en la realidad; esa distinción normativa entre ellos es un material al que se accede mediante la observación y el análisis de la propia conformación de la sociedad, y de múltiples figuras delictivas de la Parte especial. La realidad normativa, el *sistema* y *el problema* son los elementos con los que debe trabajar la dogmática. En los casos de los delitos de infracción de deber, con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien (en este caso una institución estatal o autonómica denominada Comisión de investigación, que a su vez forma parte de otra institución de carácter superior denominada Parlamento). La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus - el estatus de testigo compareciente - del autor en relación con el bien. El *status* de "compareciente-testigo-declarante", está insertado ya en el contexto de una

institución regulada, preformada y organizada (un Parlamento y una Comisión de investigación de esa cámara parlamentaria), por ello, en estos delitos la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por su estatus y por el rol que deriva de dicho *status*, y no por medio de su ámbito de organización. Del estatus especial se derivan los deberes positivos de *comparecencia* y de *veracidad*. Ambos deberes resultan asegurados institucionalmente, y solo afectan al titular del estatus, al portador del rol (al portador de los deberes). El deber institucional es un deber *altamente personal*; se contrae por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, ser requerido en forma legal y bajo apercibimiento para comparecer ante una Comisión parlamentaria de investigación; éste vínculo sólo puede ser disuelto bajo condiciones especiales, y en cualquier caso no puede ser transferido, siendo la comparecencia y la prestación de testimonio actos/deberes personalísimos.

La institución es una unidad del sistema social, de orden más alto que el rol, y ciertamente se constituye por una pluralidad de pautas de rol independientes o componentes de ella. Una institución, por otra parte es un complejo de elementos pautados como expectativas de rol que puede aplicarse a un número indefinido de colectividades. Este complejo de integraciones, y de elementos pautados de *status* y de *roles* (atribuidos por medio de la imposición de especiales deberes), y de las correspondientes expectativas, puede ser, en determinadas ocasiones considerado como una institución positiva. Instituciones positivas como realidades previas ya conformadas, en el interior de las cuáles los actores tienen *status* especiales, como juez, como policía, o *como testigo llamado a comparecer ante una Comisión de investigación.*

Los deberes sancionados penalmente de "comparecencia" y de "veracidad" ante una Comisión de encuesta parlamentaria, *integran a un obligado en una institución positiva*; al ser requerido para comparecer y prestar testimonio veraz, el comparendo adquiere un especial *status*, del que derivan especiales deberes y especiales expectativas atribuidas a su rol. La institución integra y delega en el ciudadano: Se produce una transferencia que coloca al testigo requerido para comparecer y ser veraz, en una especial posición de garantía respecto de la protección y fomento del bien, de la institución positiva y de su correcto funcionamiento. El rol de testigo, que viene definido por un haz de deberes (y derechos), coloca al autor en posición de garante del correcto funcionamiento y por tanto de la existencia misma de la institución a la que se halla vinculado.

En el artículo 76.2 de la Constitución española no existe ninguna referencia expresa a la necesidad de recurrir a una sanción *penal* para castigar la incomparecencia ante una Comisión de investigación Parlamentaria. No nos encontramos por tanto ante una obligación *expresa* de castigar penalmente. Que el precepto constitucional (artículo 76.2) contenga un obligación expresa de

sanción, no equivale a que ésta sea, indefectiblemente, una obligación tácita de castigar *penalmente*, puesto que existen, en el ordenamiento jurídico español, otro tipo de sanciones, como pueden ser las civiles o las administrativas. El artículo 76.2 C.E. no vincula necesariamente al legislador ordinario para que éste adopte mecanismos sancionadores penales para castigar las incomparecencias ante Comisiones de encuesta parlamentarias. O lo que es equiparable: obligación de sanción para las incomparecencias no equivale a obligación de sanción penal, sobre todo porque se estaría vulnerando el principio de intervención mínima o de *última ratio*.

El artículo 76.2 de la Constitución no contiene un mandato ni expreso ni tácito de castigar penalmente las incomparecencias, o la falta de colaboración de los ciudadanos llamados ante Comisiones de encuesta parlamentarias. Bien al contrario, hubiese sido deseable, de *lege ferenda*, y sobre la base del principio de última ratio, proceder a una tutela desde instancias no penales, y sólo después de un hipotético fracaso de tal protección, haber recurrido, con carácter secundario y como última alternativa jurídica, a una sanción penal.

Las Comisiones de investigación o de encuesta, para el desarrollo de su función tienen atribuidos unos poderes extraordinarios. Poderes de índole cuasi-judicial en España, y directamente jurisdiccionales en otros países. En España, las Comisiones parlamentarias de investigación disponen de una serie de facultades especiales, que se encuentran reguladas en la Constitución, en los Reglamentos de las Cámaras, en la L.O. 5/1984, y finalmente, en el Código penal. Pero sin duda, la competencia más llamativa de las Comisiones de investigación es la de convocar ante sí para que declaren a las personas que pueden aportar datos para el esclarecimiento de los hechos investigados. A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno político, los poderes de las Comisiones de investigación no pueden ser equiparados en ningún caso a los de la autoridad judicial.

La Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras, delimitó su ámbito de competencia, y de él excluyó a las Comisiones de investigación de las Comunidades Autónomas. La ausencia de previsión normativa de esta cuestión no se debe a un olvido involuntario, sino a una decisión consciente del legislador; lo que implica que, en la interpretación del artículo 502 del Código penal, queda vedada la posibilidad de acudir a esta norma como criterio interpretativo.

El Código penal (artículo 502.1) crea un deber jurídico-penal de comparecencia ante Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas

de las Comunidades Autónomas, que antes no existía ni estaba reconocido en texto jurídico alguno, pero sigue faltando, para poder aplicar de manera correcta y garantista, desde el principio de taxatividad y seguridad jurídica, el artículo 502.1 a las Comunidades Autónomas, que una Ley, de manera equivalente a como lo hace la L.O. 5/1984 para las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado, discipline los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos, y establezca un marco de garantías, para las comparecencias "autonómicas".

El delito de incomparecencia, constituye un delito de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional. Existe, en este delito, una forma particular de integrar al obligado en la institución, esto es, mediante un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento; si no hay requerimiento, o bien si éste no es válido, entonces no se produce la integración del obligado en la institución, ni surge el deber positivo de comparecencia, ni se genera un especial status de testigo compareciente, del que a su vez deriva un rol especial - que obliga al cuidado solidario del bien o de la institución - , mediante el cual se crean, para la Comisión de investigación, expectativas de comparecencia y de veracidad, como concreciones de un deber de colaboración.

Existe una técnica de tipificación de las figuras delictivas que consiste en la incriminación de la inobservancia o la desobediencia a un requerimiento específico proveniente de una autoridad, y ese es el supuesto del artículo 502.1. Se procede a una tutela *específica*, de una orden concreta que actuará como presupuesto de la conducta delictiva. Un requerimiento es una norma de conducta, y lo específico en el artículo 502. 1 es que la norma de conducta procede de una autoridad especial, que no es ni administrativa ni judicial, sino parlamentaria.

Los tipos penales que consisten en el incumplimiento o desobediencia de una orden administrativa (o parlamentaria en nuestro caso), cualquiera que sea su estructura ya sea genérica, ya sea específica, son reconducibles siempre a una única categoría: caracterizada en todo caso, por la incriminación del incumplimiento de un deber/prestación positivo o negativo previsto por la ley a favor de la administración pública (o del Parlamento en el caso de la incomparecencia). La problemática de tales figuras se centrará en la determinación del concepto de requerimiento o de orden, y en los requisitos de su legitimidad.

El deber positivo de colaborar mediante la comparecencia, como deber de una prestación positiva, legalmente previsto en el artículo 502.1, tiene como correlato la existencia de un interés público. Para realizar ese interés, el

ordenamiento ha recurrido a la coerción penal. Pero como requisito previo se necesita siempre una manifestación de voluntad de un organismo o de un sujeto parlamentario. Y tal declaración de voluntad deberá plasmarse en un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento (artículo 502.1 C.P.). El deber de comparecencia tiene por tanto como fuente, un requerimiento parlamentario hecho en forma legal y bajo apercibimiento.

El requerimiento deberá ser legítimo, esta una de sus características fundamentales, y concretamente deberá ser hecho en forma legal, como prescribe el artículo 502.1. Si falta algún elemento que permita excluir la "legalidad" o "legitimidad" del requerimiento, entonces no podrá darse el delito de incomparecencia, puesto que faltará un elemento del tipo. Ya que el deber de comparecencia tiene como presupuesto y como presunción, la legitimidad de la orden. La legitimidad, y la "forma legal" del requerimiento condicionan la subsistencia del deber de comparecencia.

Desde el punto de vista de las garantías, en un marco penal, la forma del requerimiento tendrá una gran importancia, y por esta razón los requisitos que debe reunir el requerimiento han venido a regularse en una Ley Orgánica. Concretamente en la "Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso, del Senado o de ambas Cámaras". El problema es que esta Ley Orgánica no puede aplicarse a las Comunidades Autónomas, y por ello es muy posible que, en espera de una Ley Orgánica que regule las comparecencias ante Comisiones de investigación autonómicas, o en espera de una reforma de la L.O. 5/1984 que extienda su validez también, expresamente, al ámbito de las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas autonómicas, nos hallemos, en cuanto al tipo que regula el delito de incomparecencia ante una Comisión de investigación autonómica, enfrentados una ley penal en blanco.

Si falta algún elemento o algún requisito de validez o legalidad en el requerimiento, no se producirá la relación entre el autor y la institución ya conformada, no adquirirá el estatus de testigo compareciente, y si no llega a generarse ese *status* especial, no podrán derivarse ni expectativas normativas de conducta, ni el deber de comparecencia, ni el deber de veracidad. El obligado (en abstracto) no queda integrado (en concreto) en la institución positiva Comisión parlamentaria de investigación.

El posible o potencial destinatario de un requerimiento de comparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación puede ser *cualquiera*; es decir, en principio no existe restricción alguna referente a los posibles sujetos pasivos del requerimiento. Pero una vez establecida esta premisa, sí que se produce,

justamente mediante la recepción de tal requerimiento, un cambio de status en quien es citado a declarar: la persona requerida por una Comisión de investigación, pasa a ostentar un rol específico, del que derivan deberes personalísimos, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, y pasa a ser un obligado especial. Es aquí donde se produce una restricción y discriminación de los posibles autores de un delito de incomparecencia: *solamente quien previamente haya sido requerido por una Comisión de investigación podrá ser sujeto activo del delito, y por tanto nos hallamos ante un delito especial*. Así, queda reducido el ámbito de los posibles autores a aquellas personas citadas para prestar su testimonio ante una Comisión de investigación. En definitiva, cuando el legislador emplea la expresión "los que...", en el artículo 502.1 CP, no se está refiriendo a cualquier sujeto dotado de capacidad penal, sino sólo a aquella persona que se encuentra en determinada situación para poder ser requerida por una Comisión de investigación.

El delito de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación *no puede ser cometido por cualquiera, sino sólo por aquél que al haber sido requerido en forma legal y bajo apercibimiento, se encuentra en una posición sobrevenida especial de deber.* El delito sólo puede ser cometido por quien ostenta una especial posición jurídica, tras haber sido integrado en la institución positiva. En el caso del artículo 502.1 CP, la posición jurídica del sujeto activo es "especial" a causa de la necesaria relación que se genera entre el agente y el requerimiento, y también a causa de la particular situación que une al sujeto con el bien jurídico, o dicho de otro modo, a causa de la integración del obligado en la institución. Como resultado de tal integración se produce un nuevo *status* jurídico del sujeto, del que deriva un nuevo rol, del que a su vez deriva un nuevo haz de derechos y deberes, así como un nuevo conjunto de expectativas. Y el delito de incomparecencia podrá ser cometido exclusivamente por quien tenga un deber positivo de comparecencia, pues sólo él puede defraudar la expectativa positiva atribuida a su rol (de colaboración con la institución Comisión de investigación) específico.

El deber de comparecencia ante una Comisión de investigación, como deber positivo que es, y al contrario que los deberes negativos, no proviene del *status* general y común de la Persona, sino de una relación especial entre la persona requerida en forma legal y la institución positiva Comisión parlamentaria de investigación. El titular del deber desempeña, en la estructura interna de la institución, un rol especial que le vincula de forma personalísima.

En los delitos de infracción de deber - el sujeto activo no sólo es el portador de un rol especial y por ello portador de un deber especial, sino que también es el titular de una relación jurídica muy especial con el bien o con la institución. El sujeto activo está relacionado con el bien de una forma positiva. El

testigo compareciente (incluso a su pesar) tiene, debido a su especial posición de deber, un deber especial (que no incumbe a todos); tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto del bien jurídico, que debido a su especial estatus, es de su competencia. Este deber positivo especial nace de su integración en la institución y de su rol especial de obligado cooperador. Se produce una conexión "especial" entre el autor, la institución y el deber. El compareciente tiene una relación especial con el bien jurídico; de su posición especial en el ordenamiento jurídico y de la relación especial con el bien: surge un deber especial de colaboración y auxilio con la institución (no se trata de no lesionar -relación negativa - , aunque también, sino básicamente de ayudar -relación positiva -) que se concreta en un deber personalísimo de comparecencia que sólo él puede cumplir.

El *status* especial, de testigo colaborador con una Comisión de investigación, se produce cuando el deber sancionado jurídico-penalmente integra al obligado en la institución. Como base de partida, las reglas de la institución sólo las puede vulnerar quien está sujeto a ellas, es decir, el obligado especial; ello es debido a que el deber institucional es un deber altamente personal que se contrae mediante un acto especial y también altamente personal. El acto jurídico especial mediante el que se contrae el deber, es, en el supuesto de la integración a la Comisión de encuesta parlamentaria, el requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento. Se configuran así dos expectativas, y dos deberes positivos personalísimos, como son la comparecencia y el testimonio veraz, en el marco de un procedimiento parlamentario investigador, y con ello dos delitos de infracción de deber.

El Estado, a través del Parlamento, y en el marco de una Comisión parlamentaria de investigación, dispone de un poder que le permite imponer a cualquier ciudadano determinadas prestaciones y comportamientos colaboradores con la institución y con sus fines. Prestaciones y comportamientos entre los que se encuentra la necesidad de una declaración veraz y completa que contribuya a la determinación de una verdad, en este caso, política. El procedimiento investigador que se desarrolla por parte del órgano institucional estatal/autonómico, es una suma de actividades normadas y reguladas, y tales regulaciones se consiguen mediante normas de conducta que atribuyen estatus y roles específicos a los distintos intervinientes en la institución, quedando así fijadas normativamente las expectativas; el deber de veracidad surge de esta manera como un deber específico atribuido a quien ostente el rol de testigo - puesto que la institución, funciona como un complejo de elementos pautados como expectativas de rol - .Y con el deber se establece una relación positiva entre la institución y el obligado especial que se transforma en garante - en aquello que a él le corresponde - del buen funcionamiento y del mantenimiento de la institución. Con una declaración veraz se satisfacen las expectativas del rol,

no se quebranta la relación positiva, con ello no se infringe el deber, y por tanto no se comete el delito.

De la misma forma que con la citación para comparecer en juicio se asume la cualidad de testigo, que comporta la obligación de comparecer y el deber de veracidad; también se adquiere ese *status* especial cuando se recibe un requerimiento para comparecer ante una Comisión de investigación, y también se generan expectativas de comparecencia y de veracidad. Todo lo dicho sobre el "obligado especial" en la incomparecencia es perfectamente trasladable al supuesto de la inveracidad. El deber positivo de veracidad es un deber personalísimo, como el deber de comparecencia, y por tanto, el delito de falso testimonio parlamentario es también un delito de infracción de deber.

Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos, como el deber de veracidad ante una Comisión de investigación, para la realización de instituciones estatales, como la institución estatal/autonómica Comisión parlamentaria de investigación. El deber de veracidad, en tanto que deber positivo, tiene como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial de testigo cooperador, y la infracción del deber positivo de veracidad por parte del obligado especial que desempeña un rol especial en la institución, dará lugar a un delito de infracción de deber. Se trata de una solidaridad asegurada institucionalmente. El delito de falso testimonio cometido ante una Comisión de encuesta parlamentaria, es, al igual que el delito de falso testimonio judicial *un delito de infracción de deber*. Y como tal, su contenido no es la usurpación de la libertad ajena, o al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por la institución Comisión de investigación, la falta de mejora de su situación.

En el delito de falso testimonio en el ámbito de una Comisión de encuesta parlamentaria, no se describe, o no sólo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus de testigo colaborador necesario/compareciente/veraz, y con ello, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber.

El delito de infracción del deber de veracidad ante Comisiones de investigación, no es un delito de organización, y por tanto, constituye una excepción al "modelo de estafa", propio de inveracidades que se dan en algunos delitos de organización. Se trata, al contrario, de una responsabilidad con una base institucional respecto de una institución positiva, y por tanto la infracción del deber no causa un daño a un bien jurídico, sino que el fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por el *status especial* de testigo colaborador integrado en la institución. No se trata de no dañar al bien

(aunque también), sino fundamentalmente de contribuir con una prestación positiva de veracidad para la subsistencia o la producción del bien. Es la falta de ayuda (infracción de un deber positivo), que incumbe al garante institucional de la veracidad de sus declaraciones, la que fundamenta la responsabilidad. No se trata de la usurpación de la libertad ajena, sino de la falta de cuidado por una - en el caso del falso testimonio ante Comisiones parlamentarias de investigación - institución del Estado, no se lesiona o daña un bien, sino que no se mejorar su situación, cuando esto, por su posición de garante, pertenece a la incumbencia de quien declara.

No toda inveracidad será típica, tan sólo lo será aquella que pueda objetivarse en una conducta (acción u omisión) que, a su vez, se muestre *ex ante* como idónea para atentar contra el vínculo positivo. Deberá existir un comportamiento que quebrante el deber positivo, y que demuestre una falta de cuidado por el bien, una ruptura de la relación positiva. Se necesita en definitiva un comportamiento que defraude la expectativa positiva atribuida al rol; y no cualquier mentira defrauda la expectativa, sino que, sólo aquella infracción del deber de veracidad con relevancia o peligrosidad objetiva *ex ante* para la institución, infringe el deber, y por tanto conforma el delito. Pero siempre desde parámetros objetivo-normativos, es decir, exigiendo una conducta, y exigiendo que esa conducta que infringe el deber, cree un riesgo jurídicamente relevante. No se trata de reprimir la mera infracción subjetiva del deber de veracidad (perjurio), sino de una conducta que, al romper el vínculo positivo por falta de colaboración, no contribuya a la formación o correcto desarrollo de la institución, y con ello afecte a su funcionamiento. Es decir, deben darse cumulativamente tanto la infracción del deber de veracidad como la falta de cuidado por la institución (en terminología al uso, la lesión del bien). Es necesaria una acción o una omisión, con un contenido comunicativo relevante jurídico-penal, un contenido cuyo significado sea adecuado para integrar la infracción de la norma primaria; en definitiva, mediante un hacer o un omitir, con significado, se deberá externalizar la falta de cuidado, un no-solidarizarse con el bien; y evidentemente, para esto no basta una pura actitud interna, sino que es necesaria una acción u omisión que produzca un riesgo jurídicamente relevante. Dicho de otro modo, el fundamento de la punición en un delito de infracción de deber, no es tan sólo la infracción del deber, sino que además, debe consistir en la lesión de un bien.

Los deberes de comparecencia y de veracidad están, no sólo claramente determinados, sino que están positivizados: así, el deber de comparecencia está positivado en el artículo 502.1 del Código penal, y el deber de veracidad lo está en el artículo 502.3. Y como acertadamente observa ROXIN, allí donde estos deberes estén determinados claramente, se cumplen de sobra las exigencias del principio *nullum crimen*, pues *la remisión a éstos deberes sustituye a la descripción de la acción.* Cuando se analiza la infracción del deber de veracidad - que nace del rol social y normativo que desempeña en la institución el testigo -,

que constituye el tipo del 502.3 CP, es, desde el punto de vista de la problemática del *nullum crimen*, notoriamente indiferente el que la infracción del deber de veracidad se realice por acción o por omisión, ya que la significación del hacer o del omitir se determina únicamente por su situación valorativa en la relación institucional y de aquí obtiene su relevancia típica. En definitiva, advierte ROXIN, en los delitos de infracción de deber actúa típicamente quien lesiona el deber, sin que interese lo más mínimo el dominio del suceso externo. Esto es, si el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso, en cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de la intervención es indiferente, basta cualquier "causar" de la índole que sea debido a la irrelevancia de las formas externas de la conducta. Lo importante es que, desde la idea de deber, y en este caso, desde la idea del deber de veracidad, los componentes de la acción "cognitivo-naturalísticos" no desempeñan papel alguno, estando el deber más bien avecinado exclusivamente en lo normativo. Evidentemente, subsiste la diferencia ontológica entre hacer y omitir; pero como el tipo es una figura normativa, la relación entre el menoscabo del bien jurídico (o la falta de cuidado por la institución) y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer.

Para JAKOBS, en general, y esta es la ampliación que se produce respecto a los planteamientos iniciales de ROXIN, la diferenciación entre acción y omisión se desvanece - al ser una simple delimitación de naturaleza - tras la diferenciación entre deber negativo y deber positivo, o entre delito común y delito de infracción de deber. Lo fundamental será, pues, determinar el contenido de los deberes, y no tanto cuestiones técnicas mediante las cuáles estos deberes se cumplen o se quebrantan. Y además, la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no guarda relación con la distinción entre acción y omisión. Resumiendo: la forma en que la expectativa sea defraudada (por acción o por omisión) es totalmente irrelevante. Lo que cambia es la forma de la defraudación - activa u omisiva - pero no la expectativa. La expectativa defraudada es siempre la misma.

Se lesiona igualmente un deber negativo, esto es, un deber de no dañar, tanto si se azuza al propio perro contra alguien, como si, por otra parte, no se silba al animal agresivo para que regrese cuando éste ha pasado al ataque por propia iniciativa. Es decir, que alguien azuce a su perro contra otra persona, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, todo es lo mismo: usurpación de la organización de un cuerpo ajeno, siendo irrelevante la distinción técnica entre acción y omisión para determinar la infracción del deber negativo de "no dañar".

El paralelismo entre comisión y omisión es conocido desde hace tiempo, en la forma de los delitos de infracción de deber en los que se unifican comisión y omisión, en los cuales se sanciona la lesión del deber de una solidaridad institucionalmente asegurada. En los delitos de infracción de deber la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal. En el delito de infracción del deber de veracidad del artículo 502.3 CP, no se puede encontrar más que una superficial distinción entre comisión activa y omisión; la diferencia entre comisión y omisión es, en el ámbito de un *status* especial de testigo, una diferencia natural a la que le falta una relevancia genuinamente jurídica.

El delito de infracción de deber - de veracidad - del artículo 502.3 CP puede ser cometido tanto por acción como mediante una omisión. El deber de veracidad (y la correlativa expectativa de veracidad), es el elemento normativo central del tipo, a la hora de determinar la relevancia penal de una conducta que se da en un plano natural. Y en el delito de falso testimonio, como delito de infracción de deber que es, existe una equiparación absoluta entre el comportamiento que quebranta el deber de veracidad por medio de una omisión, con aquél que lo hace a través de una acción. Como ha observado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, esta conclusión, no es ya una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino más bien, de lógica jurídica: si un testigo requerido ante una Comisión parlamentaria de investigación debe cumplir con un deber positivo de veracidad, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone, aportando un dato falso (acción), como si simplemente no actúa para cumplimentarlo, y no aporta un dato esencial guardando silencio sobre tal dato (omisión). En ambos casos, en el comportamiento activo y en el omisivo, el testigo ha infringido igualmente su deber. En ambos casos defrauda la expectativa, en ambos casos su conducta es contraria a la norma primaria que le prescribía ser veraz, y en ambos casos rompe la solidaridad institucionalmente asegurada por la institución positiva.

En la institución positiva Comisión de investigación se dibujan una serie de deberes positivos especiales o posicionales, que en consecuencia pueden adscribir una responsabilidad penal por la omisión posicional. Para la realización de la institución es necesario que se de una organización con su correspondiente determinación de roles, y de los deberes y obligaciones adscritos a esos roles (en este caso, el deber de veracidad en el rol de testigo), de forma que, a través del cumplimiento de los deberes de cada posición especial o rol quede garantizada la realización y el correcto funcionamiento de la institución. Y el deber de veracidad puede quebrantarse tanto mediante una acción (aportación de un dato falso) como mediante una omisión (no aportación - mediante silencio, por ejemplo - de un dato verdadero y necesario).

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000.

AGOSTINI, *Droit Comparé*, Paris, 1988.

AGUILÓ LÚCIA, "El debate secreto en las Comisiones de investigación y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen", en *Parlamento y opinión pública,* Pau Vall (Coord.). Madrid, 1995.

ALBALADEJO, *Derecho civil,* vol. II, 2º., 8ª ed., Barcelona, 1989.

ALCÁCER GUIRAO, "Facticidad y normatividad", en *ADPCP*, vol. LII, 1999.

ALMENDROS MANZANO, "Control parlamentario, uso del derecho privado por los poderes públicos y derechos fundamentales", en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1994.

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, *Algemeiner Teil*, 2ª ed., Tübingen, 1969.

ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987.

- *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001.

ÁLVAREZ-OSSORIO FERNÁNDEZ, *Teoría y práctica de la investigación parlamentaria en las Cortes Generales*, Cádiz, 2000.

ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, 1971.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. II, 13ª. ed., integrata e aggiornata a cura di CONTI, Milano, 2000.

ANTONIONI, *La falsa testimonianza nella teoria generale del falso*, Napoli, 1957.

ARANDA ÁLVAREZ, "El procedimiento en las Comisiones de investigación", en *VI Jornadas de Derecho parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, 1997.

ARCE JARÁNIZ, "Las Comisiones de investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del Nuevo Código Penal", en *CORTS, Anuario de Derecho Parlamentario*. nº. 3, 1997.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, "Comisiones de investigación y de encuesta", en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa (Coord.), Vitoria, 1994.

- "Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 43, 1995.

- "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en *Revista de las Cortes Generales.* nº. 11, 1987.

ARROYO ZAPATERO, "Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987.

ASTARLOA HUARTE MENDICOA / CAVERO GÓMEZ, "Artículo 76, Comisiones de investigación", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), Tomo VI, Madrid 1998.

- "Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las Comisiones de investigación", en *Teoría y Realidad constitucional*, nº. 1, 1998.

ATIENZA, "Para una teoría general de la acción penal", en *ADPCP*, 1987.

- *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1995.

AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1885.

AVRIL, "Le Comissioni d' inchiesta in Francia", en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985.

AVRIL/GIQUEL, *Droit Parlementiare*, Paris, 1996.

BACIGALUPO ZAPATER, *El delito de falsedad documental*, Madrid, 1999.

- "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 11, 1986.

- *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997.

- *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991.

BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en *Estudios Penales* I, Santiago de Compostela, 1977.

BARATTA, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Doctrina penal*, 1985.

- "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico", en *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano; 1990.

BARBERA, *I Parlamenti*, Roma-Bari, 1999.

BASSOLS COMA, "Organización institucional y régimen jurídico de las Comunidades Autónomas", en *Vol. Col. Organización Territorial del Estado, Vol. I* . I.E.F., Madrid, 1984.

BENÍTEZ ORTUZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Madrid, 1999.

BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Dumont, vols. I y II, Ossorio Florit (trad.), Buenos Aires, 1971.

BERMUDO AVILA, "Hume: la obediencia útil", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", en *Poder Judicial*, nº. 5, 1987.

- “El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas”, en Serrano Butragueño [et al.], *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995.

- *El falso testimonio*, Madrid, 1992.

BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939.

BIDEGARAY/EMERI, "Le contrôle parlementiare", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n. 6, 1973.

BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg/Leipzig, Tomo I, 1894.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I: *Normen und Strafgesetze*, 3ª ed., Leipzig, 1916.

- *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2ª ed., vol. II, 1914.

- *Die Normen*, II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, 2ª ed., Leipzig, 1914-1916.

BOBBIO, “Considerazioni in margine”, en *Rivista di filosofia*, nº 2, 1966.

- *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.

BOGDANDY/ FORSTHOFF, “El derecho del Bundestag y de sus miembros a recibir información”, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1994.

BONNARD, "Les pouvoirs judiciaires des commissions d' enquête parlementaire et la loi du 23 mars 1914", en *Revue du Droit public et de la science politique*, 1914.

BOTTARI, “La investigación parlamentaria en el ordenamiento constitucional portugués”, Sainz Araniz (trad), en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 15, 1986.

BOURDIEU, *Poder, derecho y clases sociales*, Bernuz Beneitez y otros (Trads.), Bilbao, 2000.

BRASIELLO, “Falso (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, 1961 (ristampa 1981).

BRICCHETTI, “Rifiuto di uffici legalmente dovuti”, en DE FRANCESCO/FERRARO/TITO (Coords.), *Codice Penale*, a cura di PADOVANI, Milano, 1997.

BRICOLA, "Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela", en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo 2, Canestrari/Melchonda (Dirs.), Milano, 1997.

- "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, texto recopilado en: BRICOLA, *Scritti di Diritto penale*, Canestrari/Melchionda (Dirs.), vol. I, Tomo I, Milano, 1997.

BRUFAU PRATS, "Dimensión social de la norma jurídica", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

BUENO ARÚS, "Los principios constitucionales y el Derecho penal", en *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 1, 1991.

CAAMAÑO, "Comisiones parlamentarias de investigación vs. Poder Judicial: Paralelismo o convergencia (apuntes para su debate)", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 6, 1994.

CADART, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Paris, 1990.

CADOPPI, ""Non-evento" e beni giuridici "relativi": spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensivitá", en *L' Indice penale*, 1989.

- *Il reato omissivo propio, vol. I, profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988.

CALLE RODRÍGUEZ, "Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal", en *La Ley*, 2000.

CAMBRÓN INFANTE, "Notas sobre la obediencia jurídica en J. Bentham", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

CANCIO MELIÁ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Dir.), Jorge Barreiro (Coord.), Madrid, 1997.

CARACCIOLI, "Il falso interno", en *Diritto penale e attività bancaria*, Marini (Dir.), Padova, 1994.

CARBONELL MATEU, "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos", en *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos de Derecho judicial*, Boix Reig (Dir.), Madrid, 1994.

- *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN [et al.], *Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en Boix Reig [et al.], *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Vives Antón (Coord.), Valencia, 1996.

CARBONI, *L'innoservanza dei provedimenti dell'autorità*, Milano, 1970.

CARBONNIER, *Socilogie juridique*, Paris, 1972.

CARMONA SALGADO, "Los delitos de expresión ante la reforma del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992", en *Política criminal y reforma penal. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.

CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/SEGRELLES ARENAZA, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Vol. III, Madrid, 1994.

CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000.

CARPINTERO BENÍTEZ, "Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

CARRARA, *Programa del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, 10ª ed., Firenze, 1924.

CARRIÓ, "Sul concetto di obbligo giuridico", en *Rivista di filosofia*, nº 2, 1966.

CASARES VILLANUEVA, "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", en *Poder Judicial*, nº 40, 1995.

CATENACCI*, La tutela penale dell' ambiente*, Milano, 1996.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general,* I, 2ª ed., Madrid, 1981.

CHEVALIER, “L’obligation en droit public”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 44, Paris, 2000.

CIAURRO, "Prassi e problemi del procedimento d' inchiesta parlamentare", en *Le inchieste delle Assamblee parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985.

COBO DEL ROSAL, “Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1995.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999.

COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vives Antón (Coord.), 2ª ed., Valencia, 1988.

COCCIARDI, “Possibilità di astenersi della deposizione e necessità di salvare sè medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento”, en *Giurisprudenza italiana*, 1953.

Código Penal, Edición a cargo de Muñoz Conde, Barcelona, 2000.

Compendio moral salmaticense, Pamplona, 1805, Tomo I.

CONDE PUMPIDO, "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS “Comparecencia ante las Comisiones de investigación. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y Senado”, (BOCG-Congreso, Serie A, Núm. 54-I), en *Documentación* nº. 15, 1983.

CONSTANTINESCO, *Traité de Droit Comparé, Tome I, (Introduction au Droit Comparé)*, Paris, 1972.

CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal, Tomo III*, Barcelona, 1978.

COSTANZO, “Il parlamento inquisitore: aggiornamento sulla piú recente prassi parlamentare”, en *Quaderni Costituzionali*, a. XI, nº. 2, agosto 1991.

CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por Camargo Hernández, Tomo II (Parte Especial), vol. I, 13ª ed., Barcelona, 1972.

CUERDA ARNAU, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Vives Antón (Coord.), Valencia, 1996.

DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Les Grands Systèmes de Droit contemporain*, 10ª ed., Paris, 1992.

DE ASIS ROIG, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, 1991.

DE ESTEBAN/GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de Derecho constitucional español*, vol. III, Madrid, 1994.

DE MARSICO, "Falsità in atti", en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967.

DE NIEVES NIETO, "La evolución del anti-imperativismo formal al imperativismo en Hans Kelsen: una síntesis singular", en *RFDUCM*, nº 97, 2002.

DE VERGOTTINI, "Las encuestas parlamentarias en la Constitución italiana" (trad.) Lucas Murillo de la Cueva, en *Revista de Política Comparada*. nº. 10/11, 1984.

- *Derecho Constitucional Comparado*, Lucas Verdú (Trad.), Madrid, 1983.

- *Diritto Costituzionale Comparato*, 4ª ed., Padova, 1993.

DELGADO PINTO, "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

- "Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen", en *Anuario de filosofía del Derecho*, 1978, nº 20.

DELITALA, "Adempimento di un dovere", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, 1958.

DEL ROSAL BLASCO, "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal", en *ADPCP*.

DEMURO, "Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

DI GIOVINE," Testimonianza (falsità di)", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1999.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001.

DICTAMEN, *a requerimiento* de la Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, *acerca de sus* competencias, procedimiento y actuación, en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 14, 1988.

DINACCI, *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli, 1979.

DOLCE, "Falsa perizia o interpretazione", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, 2002.

DONINI, "Teoria del reato", en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIV, Torino, 1999.

- *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova, 1996.

DUHAMEL/MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992.

DUPAS, "Las Comisiones en la Asamblea Nacional francesa", en *Las Comisiones Parlamentarias*, Vitoria, 1994.

ELVIRA PERALES, "Comisiones de investigación en el "Bundestag". Un estudio de Jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, 1987.

EMBID IRUJO, "Introducción al régimen jurídico de los Parlamentos Territoriales", en *Las Cortes Generales, Vol. I.* Madrid, 1987.

- "Los Parlamentos territoriales y los principios de su ordenamiento jurídico", en *Revista de las Cortes Generales*, nº. 3, 1984.

ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Garzón Valdés (Trad.), Madrid, 1967.

FASSÓ, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. II, Lorca Navarrete (Trad.), Madrid, 1979.

- *Historia de la filosofía del derecho*, vol. III, Lorca Navarrete (Trad.), Madrid, 1979.

FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell' opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975.

FENECH, *Derecho Procesal penal*, vol. I, 3ª ed., Barcelona 1960.

FENUCCI, *I limitti dell´inchiesta parlamentare*, 3ª ed. Milano, 1999.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, "La comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación de las Asambleas Legislativas", en *Revista de las Cortes Generales*. nº. 27, 1992.

FERREIRA, *Regime jurídico dos inquéritos parlamentares*, Coimbra, 1999.

FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, Murcia, 1948.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.

- *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen Peinlichen Rechts*, 13ª ed., Mittermaier (Dir.), 1840.

FIANDACA, "Note sui reati di pericolo", en *Scritti in memoria di G. Bellavista, vol. I, Il Tomasso Natale*, 1977.

- "Reati omissivi e responsabilitá penale per omissione", en *Archivio Penale*, 1983.

- *Il reato comissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

- *Problemática dell' osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

FIANDACA/MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994.

- *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2ª ed., Bologna, 1997.

FIORE, "Il principio di offensivitá", en *L' Indice Penale*, 1994.

FIORELLA, “Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolare condizioni personali”, en AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE, Napoli, 1985.

FRAGA IRIBARNE, *El Reglamento de las Cortes españolas*, Madrid, 1959.

FRAILE CRIVILLÉS, *Introducción al Derecho constitucional español*, Madrid, 1975.

GAÏA [et al.], FAVOREU (Coord.), *Droit Constitutionnel,* Paris, 1998.

GALATERIA, *Teoria Giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950.

GALLAS, "La struttura del concetto di illecito penale", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Angoni (Trad.), 1982.

GARCÍA AMADO, "Dos visiones de la desobediencia. Etica discursiva contra teoría de sistemas", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

- ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23, 2000.

GARCÍA MAHAMUT, *Las Comisiones parlamentarias de investigación en el Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1996.

GARCÍA PECHUÁN, “Extensión y límites de la actuación de las Comisiones de investigación parlamentarias de los *Länder* en la República Federal de Alemania (un análisis de jurisprudencia)”, en *Revista General del Derecho*, nº. 615, 1995.

GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996.

GARCÍA Y ROMERO DE TEJADA, *De los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia*, Madrid, 1901.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como limite del "Ius Puniendi"", en *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Casas Barquero*, González Rus (Coord.), Córdoba, 1996.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992.

GARRORENA MORALES, *Autoritarismo y control parlamentario en las Cortes de Franco. Apuntes para un análisis crítico*, Murcia, 1977.

- *El Estado español como social y democrático de derecho*, Madrid, 1984.

GARZÓN VALDÉS, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 3, 1986.

GERMANI, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, Coppi (Dir.), Torino, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981.

- "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999.

- "El sistema del Derecho penal en la actualidad" en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981.

- "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento", en *ADPCP*, 1987.

- "Causalidad, omisión e imprudencia", en *Ensayos penales*, Madrid, 1999.

- *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.

- *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999.

GIRARD, *Culpabilité et silence en droit comparé*, Paris, 1997.

GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Barcelona, 2003.

GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro (Artículo 195.1 del Código penal)*, Valencia, 2003.

GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal Español (Parte especial)*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000.

- en CARMONA SALGADO [et al.], *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Vol. IV, Madrid, 1994.

GORLA, voz "Diritto comparato", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Varese, 1964.

GORPHE, *La crítica del testimonio*. Traducción de la 2ª ed. francesa por Ruiz Funes, Madrid, 1933.

GOYET, *Droit Pénal Spécial*, 8ª ed., puesta al día por Rousselet/Arpaillance/Patin, Paris, 1972.

GRAMATICA, *Principios de defensa social*, Muñoz y Núñez de Prado/Zapata Aparicio (Trads.), Madrid, 1974.

GRASSO, *Il reato omissivo impropio, la strttura obietiva della fattispecie*, Milano, 1983.

GREVI, "Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

GREVI, "*Nemo tenetur se detegere". Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel proceso penale italiano*, Milano, 1972.

GUCHET, "La información parlamentaria en Francia",(trad) Cueto/Sánchez Saudinós, en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias.* Madrid, 1994.

GUDE FERNÁNDEZ, "Las Comisión de investigación en Francia", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 8, 1995.

- *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000.

GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal?", en *La insostenible situación del Derecho penal,* Granada, 2000.

GUTTERIDGE, *Le Droit comparé*, R. David (Trad.), Paris, 1953.

H. L. A. HART, "Il concetto di obbligo", Gavazzi (Trad.), en *Rivista di filosofia*, nº 2, 1966.

HÄGERSTRÖM, *Inquires into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, 1953.

HAMON/TROPER/BURDEAU, *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris, 2001.

HASSEMER, *Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Muñoz Conde/Díaz Pita (Trads.), Valencia, 1999.

HEGEL, *La raison dans l' histoire*. *Introduction à la Philosophie de l' Histoire*, Pappaioannou, (Trad.), Paris, 1965.

- *Principios de la filosofía del Derecho*, Vermal (Trad.), 2ª ed., Barcelona, 1999.

HERNÁNDEZ GUIJARRO, "Naturaleza del delito de falso testimonio", en *Anuario de Derecho Penal*, 1967.

HERNÁNDEZ MARÍN, "Dogmática y sociología jurídica: sobre la ontología del conocimiento jurídico", en *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra (Barcelona), 1982.

- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, 2002.

HIRSCH, "Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado" o sobre el estado de las cosas", Demetrio Crespo (Trad.), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

HIRSCHBERGER, *Geschichte der Philosophie*, Band 2, 13ª ed., Freiburg/Basel/Wien, 1988.

HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1991.

HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, De Giorgi (Trad.), Camerino, 1983.

HUERTA TOCILDO, " Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos", en *La Ley*, 1983.

- *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987.

- *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984.

IACOVIELLO, "Il falso ideologico per omisione", en *Cassazione Penale*, 1996, pp. 806 y ss.

INFANTE, "*Nemo tenetur se detegere* in ambitos sostanziale: fondamento e natura giuridica", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell' economia*, nº. 43, 2001.

JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", Rey Sanfiz/Sánchez-Vera (Trads.), en *CPC*, 2001.

- "Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten", en *Hogakn (The Journal of Law and Political Science*), vol. LVII, n. 3, 1993.

- "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", Manso Porto (Trad.), en *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999. Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, Madrid, 2000.

- "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", Cancio Meliá (Trad.), texto entregado en: *I Jornadas interuniversitarias, Sobre nuevos retos del Derecho penal. (La responsabilidad de las personas jurídicas)*, Universidad de Alicante, 7 de nov. 2002.

- "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", Cancio Meliá (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología*, UNED, Madrid, 2001.

- "La omisión: estado de la cuestión", Sánchez-Vera (Trad.), en: Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000.

- "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", Polaino Navarrete (Trad.), en *Revista de Ciencias Penales*, n. 6, 2000.

- "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal", en *ADPCP*, 1989.

- *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 1996.

- *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cancio Meliá (trad.), Mendoza 2002.

- *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1995.

- *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (Trads.), Madrid, 1997.

- *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho pena*l, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 2001.

- *La competencia por organización en el delito omisivo*, Peñaranda Ramos (Trad.), Bogotá, 1994.

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (Trad.), Madrid, 1996.

- *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Sánchez-Vera (Trad.), Bogotá, 1996.

- *Sobre la teoría de la pena*, Cancio Meliá (Trad.), Bogotá, 1998.

- *Sociedad, norma y persona (en una teoría de un Derecho penal funcional)*, Cancio/Feijoo (Trads.), Bogotá, 1996.

JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, Sancinetti (Trad.), Buenos Aires, 1998.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vols. I y II, Mir Puig/Muñoz Conde (Trads.), Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ ASENJO, "Falso testimonio", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1958.

JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad. (Artículo 556 del Código penal)*, Valencia, 1997.

KAUFMANN, Armin, "Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", Cuello (Trad.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.

- "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", Schiffrin (Trad.), en *Nuevo Pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias penales*, 1975.

- *Teoría de las normas, (fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Bacigalupo/Garzón Valdés (Trads.), Buenos Aires, 1977.

KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Moisés Nilve (Trad.), Buenos Aires, 1991.

KRIELE, "L'obbligo giuridico e la separazione positivistica fra diritto e morale", en *Rivista di filosofia*, nº 2, 1966.

LA CUTE, "Falsa testimonianza", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIII, 1989.

LAMARCA PÉREZ, "Posibilidades y límites de la dogmática penal", en *CPC*, 1987.

LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1996.

LAPORTA, "Algunos problemas de los deberes positivos generales. (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 3, 1986.

LAPORTE/TULARD, *Le Droit Parlementaire*, Paris, 1986.

LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Rodríguez Molinero (Trad.), Barcelona, 1994.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (Dir.), Jorge Barreiro (Coord.), Madrid, 1997.

LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la V République*, 3ª ed., Paris, 1999.

LECLERC, *Droit Constitutionnel et institutions politique*, 10ª ed., Paris, 1999.

LEISNER, "Le commissioni d' inchiesta parlamentari e la Legge Fondamentale di Bonn", en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari; a cura di Giuseppe de Vergottini.* Rimini, 1985.

LESCH, *Das problem der sukzessiven Beihilfe*, Fráncfort del Meno, 1992.

- *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Trad.), Bogotá, 1995.

- *La función de la pena*, Sánchez-Vera (Trad.), Madrid, 1999.

LEVENE (Hijo), *El delito de falso testimonio*, 3ª ed., Buenos Aires, 1978.

LLABRÉS FUSTER/TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, Barcelona, 1998.

LONG, "Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias italianas", Banzo Alcubierre (Trad.), en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*. Madrid, 1994.

LORENZO PEÑA, "Un acercamiento lógico-filosófico a los derechos positivos" en: www.ifs.csic.es/sorties/lp/articles/ius/dereposi.htm también publicado en *Filosofía ética y sociedad hoy: IV Encuentro Ecuatoriano de Filosofía*, Ecuador, 1998.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Las Comisiones de investigación de las Cortes”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 10, 1986.

LUDEN, "Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinen teutschen Rechte", en *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Vol. II, Gotinga, 1840.

LUHMANN, *El amor como pasión*, Adsuar Ortega (Trad.), Barcelona, 1985.

- *Fin y racionalidad en los sistemas*, Nicolás Muñiz (Trad.), Madrid, 1983.

- *La ciencia de la sociedad,* Pappe/Erker/Segura (Trads.), México D.F., 1996.

- *Sociedad y sistema: la ambición de una teoría*, López Petit/Dorothee Schmitz (Trads.), Barcelona, 1997.

- *Teoria politica nello stato del benessere*, Sutter (Trad.), Milano, 1981.

LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", en *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989.

- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978.

MAGALDI PATERNOSTRO, *El falso testimonio en el sistema penal español*, 1ª ed., Barcelona, 1987.

MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, “Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal”, en *Documentación Jurídica*, vol. II, 1983.

MAGGIORE, *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Ortega Torres (trad.), Bogotá, 1985.

MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, 3ª. ed., Padova, 1992.

MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LOPEZ, *Código penal Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1987.

MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4ª. ed., vol. V, a cura di NUVOLONE, Torino, 1962.

MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992.

MARES ROGER/MARTÍNEZ LLUESMA, en Ganzenmüller/Escudero/Frigola (Coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona, 1998.

MARINUCCI, "Relazione di sintesi" en *Bene giuridico e riforma della Parte Speciale*, Stile (Dir.), Napoli, 1985.

MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 3ª. ed, Milano, 2001.

MARSICH, *Il delitto di falsa testimonianza*, Padova, 1929.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, en *La Voz de Galicia*, los días 2 de febrero de 2003 ("Una nueva responsabilidad penal del Gobierno"), 6 de febrero de 2003 ("La incomparecencia ante Comisiones de investigación"), 9 de febrero de 2003 ("La función de las Comisiones de investigación") y 16 de febrero de 2003 ("Responsables en el caso "Comisión de investigación"").

MARTÍNEZ ELIPE, *Tratado de Derecho Parlamentario. Fiscalización Política del Gobierno,* vol. I, Navarra, 2000.

MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

MASSÓ GARROTE, *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el derecho constitucional español*, Madrid, 2001.

MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Córdoba Roda (Trad.), Barcelona, 1962.

MAYAUD, "Faux témoignage", en *Juris-Classeur*, fascículos núms. 10 y 20, Paris, 1995.

- *Code Pénal*, 97º ed., Paris, 2000.

- *Le mensonge en Droit pénal*, Lyon, 1979.

MAZZACUVA, "Modelo costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell' illecito penale", en *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ZANOTTI, 2ª ed., Torino, 2000.

- *Il disvalore di evento nell' illecito penale*, Milano, 1983.

- voce "Evento" en *Digesto delle discipline penalistiche*, 1990.

MEDINA RUBIO, *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación,* Madrid, 1994.

MERLE/VITU, *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial.*, Paris, 1982.

MERTON, *Teoría y estructura sociales*, Torner (Trad.), Mexico D.F, 1964.

MESTRE LÓPEZ, *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Barcelona, 1986.

MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1955.

- *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Rodríguez Muñoz (Trad.), Madrid, 1935.

MILLÁN GARRIDO, "El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo", en *Revista General del Derecho*, 1979.

- "El delito de falso testimonio", en *Documentación Jurídica*, núms. 21, 22 y 23, 1979.

MIR PUIG, "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 12, 1987.

- "Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal", en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Bellaterra (Barcelona), 1982.

- "Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n. 6, 1983.

- "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", en Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimera (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

- *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996.

- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994.

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª. Ed., Barcelona, 1982.

- *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976.

MIRANDA STRAMPES, en Crespo Barquero [et al.], *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Serrano Butragueño (Coord.), Granada, 1999.

MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10ª ed., puesta al día por Aragoneses Alonso, Madrid, 1979.

MOCCIA, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", Ragués Valles (Trad.), en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez (Ed.), Barcelona, 1997.

MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.

MONATERI, "Legal Doctrine as a source of Law", en *Italian National Reports to the XII Congress*, Sydney-Milano, 1986.

MORALES PRATS, "Funciones del Derecho penal y sociedad civil", en VVAA, *Il diritto penale alla svolta di fine millenio. Atti del Convenio in ricordo di F. Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Canestrari (Dir.), Torino, 1998.

- "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en *Intereses difusos y Derecho penal. Cuadernos de Derecho judicial*, Boix Reig (Dir.), Madrid, 1994.

MORILLAS CUEVA, "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 2, 1983.

- en CARMONA SALGADO [et al.], *Compendio de Derecho penal español, Parte especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000.

- *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990.

MORSELLI, "Disvalore dell'evento e disvalore de la condotta nella teoria del reato", en *RIDPP*, 1991.

- “Condota ed evento nella teoria del reato”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998.

MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie desvalor de resultado gessellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998.

MUÑOZ CONDE, "Función motivadora de la norma penal y "marginalización"", en *Doctrina Penal*, 1978.

- *Derecho penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996.

- *Derecho penal. Parte Especial*, 14ª ed., Valencia, 2002.

- *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975.

- *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984.

NAVAS CASTILLO, *La función legislativa y de control en Comisión parlamentaria: Comisiones de investigación y Comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Madrid, 2000.

- *Las Comisiones parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*, Jaén, 2000.

NAWIASKY, *Teoría general del Derecho*, Zafra Valverde (Trad.), Granada, 2002.

NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Mexico D.F., 1974.

- *Introducción al análisis del Derecho*, 3ª. Ed., Barcelona, 1987.

- *Notas de introducción al Derecho, 1; La definición de "Derecho" y de "norma jurídica"*, Buenos Aires, 1973.

NUVOLONE, “L’omission dans le droit pénal italien. Considérations générales introductives”, en *Actes du Colloque Préparatoir Au XIII Congrés International tenu á URBINO,* 1982.

- *Infractions d’omission et responsabilité pénale pour omission; Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 55, 1984.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.

OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, Garzón Valdés (Trad.), Buenos Aires, 1968.

OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, "Los componentes subjetivos de la obligación de obedecer al derecho", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

PACE, "Inchiesta parlamentare", en *Enciclopedia del diritto, vol. XX*, Varese, 1970.

PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 6ª ed., tomo I, Madrid, 1888.

- *El Código penal de 1848 (Concordado y comentado)*, Estudio preliminar de Téllez Aguilera, Madrid, 2000.

PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, vol. II, Delitti contro l' amministrazione della Giustizia*, Milano, 2000.

PALAZZO, "Offensivitá e ragionevolezza nel controllo di costituzionalitá sul contenuto delle leggi penali", en *RIDPP*, 1998.

- "I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992.

PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PARSONS, *Aktor, situation und normative Muster*, Welzel (trad.), Frankfurt, 1986.

- *El sistema social*, Jiménez Blanco/Cazorla Pérez (Trads.), Madrid, 1966.

PASSERIN D'ENTRÈVES, "Intorno all'obbligo politico", en *Rivista di filosofia*, nº 2, 1966.

PECES BARBA, "Los deberes fundamentales", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 4, 1987.

PECORARO-ALBANI, "Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1959.

PEGORARO / RINELLA, en LÓPEZ GARRIDO / MASSÓ GARROTE / PEGORARO (Dirs.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, 2000.

PEÑARANDA RAMOS, "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito", en *DOXA*, *Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 23, 2000.

PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, 1999.

PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*, Bogotá, 2001.

- *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001.

PÉREZ DEL VALLE, "La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal. (Acerca de la crítica a la teoría de los bienes jurídicos desde la Parte especial del Derecho penal)", en *La Ley*, 1997.

PÉREZ LUÑO, "¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al derecho, con especial referencia a las tesis de H. L. A. Hart", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

PÉREZ ROYO, *Curso de derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, 1995.

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, "Comisiones de investigación o estudio, reflexiones en torno a experiencias recientes del Congreso de los Diputados", en *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control Parlamentario*, Madrid, 1997.

PÉREZ-UGENA y COROMINA.: "Comisiones de investigación y Poder Judicial: la intromisión parlamentaria", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 86, curso 1994-1995.

PERINI, "Ai margini dell' esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 538 y ss.

- *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999.

PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Madrid, 1995.

PETROCELLI, "Norma penale e regolamento", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1959.

PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.

PIFFER, "Rifiuto di uffici legalmente dovuti", en DOLCINI/MARINUCCI, (a cura di) *Codice Penale Commentato*, *vol. II, Parte Speciale*, Milano, 1999.

PISAPIA, "L'obbligo giuridico di attetare il vero e l'art. 483 C.P.", en *Studi di diritto penale*, Padova, 1956.

POLAINO NAVARRETE, "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

- *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.

- en, CARMONA SALGADO [et al.], *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997.

- *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972.

POSTERARO, "Nota sui poteri e su taluni profili procedurali dell' attivitá delle Comissioni parlamentari d' inchiesta", en *Le inchieste delle Assamblee parlamentari*, De Vergottini (Dir.), Rimini, 1985.

PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995.

PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal Spécial*, 2ª ed., Paris, 2001.

PREZIOSI, "Falsa testimonianza e false informazioni al pubblico ministero", en *I delitti contro l' amministrazione della giustizia*, a cura di COPPI, Torino, 1996.

PRIETO NAVARRO, "Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social (perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal)", en *DOXA,* nº 23, 2000.

PRITTWITZ, "El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿*Ultima ratio*?", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000.

PUIG PEÑA, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, 7ª ed., (actualizada por Ortiz Ricol), Madrid, 1988.

PULITANÓ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", en *RIDPP*, 1983.

PUNSET BLANCO, "Comisiones de las Cámaras", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995.

PUY MUÑOZ, "El tópico del deber jurídico", en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Obligatoriedad y Derecho*, Oviedo, 1990.

PUYOL MONTERO, en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, vol. III, Conde-Pumpido Ferreiro (Dir.), Madrid, 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., puesta al día por Gimbernat Ordeig, Madrid, 1966.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1963.

QUINTERO OLIVARES, "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1980.

- "Los delitos contra la Administración de Justicia", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980.

- en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999.

- *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974.

- *Manual de Derecho penal. Parte General*, Morales Prats/Prats Canut (Colabs.), 2ª ed., Elcano, 2000.

RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1944.

RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomos I y II, Madrid, 1992.

RECCHIA, “Le inchieste parlamentari e le garanzie fondamentali del cittadino”, en *Le inchieste delle Assemblee Parlamentari; a cura di Giuseppe de Vergottini.* Rimini, 1985.

RECODER DE CASSO, E.: “Artículo 76”. en *Comentarios a la Constitución,* (dir.) GARRIDO FALLA, Madrid, 1985.

REDONDO, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21, Vol. II, 1998.

REIG REIG, en Crespo Barquero [et al.], *El Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Serrano Butragueño (Coord.), Granada, 1999.

REYES ALVARADO, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva," en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.

RODRÍGUEZ COARASA, “Actividad parlamentaria y proceso judicial: delimitación de competencias de las Comisiones parlamentarias de investigación, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* nº. 87, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal Español*. *Parte Especial*, (Revisada y puesta al día por Serrano Gómez), 12ª ed., Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, 18ª ed., Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ RAMOS, "El "resultado" en la teoría jurídica del delito", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977.

ROMANO, “Legislazione penale e consenso sociale”, en *Jus*, 1985.

ROSS, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, 1946.

- *Directives and Norms*, London, 1968.

- *Lógica de normas*, Hierro (Trad.), Granada, 2000.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (Trads.), Madrid, 1998.

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal (Trads.), Madrid, 1997.

- *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Muñoz Conde (Trad.), Barcelona, 1972.

- *Teoría del tipo penal. (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, Bacigalupo (Trad.), Buenos Aires, 1979.

RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", Bacigalupo (Trad.), en *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 1975.

RUGGIERO, "Falsa testimonianza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, 1967.

SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissence du droit*, Paris, 1991.

SAN AGUSTÍN, *"De mendacio"*, I, 1, Combes (Trad.), Bibliothèque Augustinienne, Paris, 1948.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal", en *CPC*, 1999.

- "Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido", en *CPC*, nº. 78, 2002.

- "Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-99 (Sala 2ª)", en *Actualidad Jurídica*, nº. 415, 25 de noviembre de 1999.

- "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, nº 3, Julio 1999.

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

- *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995.

SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del*

Prof. J.M. Valle Muñiz, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Elcano (Navarra), 2001.

SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1990.

- *El Parlamento y sus instrumentos de información (Preguntas, Interpelaciones y Comisiones de investigación),* Madrid, 1982.

SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, (Santía Melendo/Ayerra Redín, Trads.), Buenos Aires, 1964.

SANTORO, "Testimonianza, perizia, interpretazione (falsità in)", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973.

- *L' ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957.

SCARLATA-FAZIO, "Falsità e falso", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pp. 505 y ss.

SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", Sacher (Trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001.

SEGRELLES ARENAZA, en Carmona Salgado [et al.], *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 2000.

SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ª ed., Madrid, 2001.

SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social. (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetración*), Barcelona, 1988.

- "Crítica formal del concepto de omisión", en *ADPCP*, 1993.

SÈVE, "L'obligation et la philosophie du droit moderne", en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 44, Paris, 2000.

SGUBBI, "Tutela penale di "interessi diffusi"", en *La Questione Criminale*, 1975.

- *Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SILVA SÁNCHEZ, "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? (Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas)", en

Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, UNED, Madrid, 2001.

- "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

- "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999.

- "Inveracidades de los particulares ante el Derecho penal", en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

- *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.

- *El delito de omisión, concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general, I, (El hecho punible)*, Gladys Romero (trad.), Madrid, 1982.

SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en el *Estudio preliminar* que realizan al libro de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal,* Cancio Meliá (Trad.), Madrid, 1996.

TABARES CABEZÓN, en Ganzenmüller/Escudero/Frigola (Coords.), *Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona, 1998.

TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999.

TERUEL CABALLERO, "La nueva rubricación "Delitos contra los altos organismos del Estado"", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968.

THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878.

TORÍO LÓPEZ, “Introducción al testimonio falso”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1965.

TORRES BONET, *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, 1998.

TORRES MURO, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1998.

VASSALLI, "Considerazioni sul principio di offensivitá", en *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, 1982.

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones acerca de las obligaciones de comparecer al llamamiento judicial y de declarar o prestar informe a los testigos y peritos en causas penales", en *Revista General del Derecho*, 1999.

VENDITTI, “Disobbedienza”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964.

VIAZZI, “Rifiuto di obbedienza all’autorità”, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XIV, parte II, 1906.

VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Diéz-Picazo Ponce de León (Trad.), Madrid, 1986.

VÍRGALA FORURIA, “Las Comisiones parlamentarias en las Asambleas Legislativas Autonómicas”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº. 3, 1993.

VIVES ANTÓN, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal*, Cobo del Rosal (Dir.), Tomo I, Madrid, 1999.

- *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.

VOLK, "La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale", en *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998.

VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Jiménez de Asúa (trad.), Quintiliano Saldaña (Adics.), Tomo II, 3ª ed., Madrid, 1930.

VON WRIGHT, *Norma y acción. (una investigación lógica)*, García Ferrero (Trad.), Madrid, 1979.

WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Bustos Ramírez/Yáñez Pérez (Trads.), Chile, 1976.

- *El nuevo sistema del Derecho penal. (Una introducción a la teoría de la acción finalista)*, Cerezo Mir (Trad.), Barcelona, 1964.

- *Introducción a la filosofía del derecho*, González Vicén (Trad.), Madrid, 1971.

- *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Garzón Valdés (trad.), Córdoba, 1962.

ZABALA BAQUERIZO, *Delitos contra la fe pública*, Tomo III, Guayaquil, 1995.

ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999.

ZAFRA VALVERDE, *Régimen Político de España*, Pamplona, 1973.

ZEB, "Informe sobre la organización, las funciones y el procedimiento de las Comisiones en el Bundestag", Jehl, (trad.) en *Las Comisiones parlamentarias,* Da Silva Ochoa, (Coord.), Vittoria, 1994.

ZIELINSKI, "El resultado en el concepto final de ilícito", Sancinetti (Trad.), en *Doctrina penal*, 1988.

ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Sancinetti (Trad.), Buenos Aires, 1990.

ZOUSMANN, "Faux témoignage" en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, Paris, 1968.