

El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena

M. CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. El delito de quebrantamiento de condena. Críticas doctrinales a esta figura. El Proyecto de Código de 1980. 2. El quebrantamiento de condena y otras figuras afines desde las nuevas directrices de la política legislativa y de la política-criminal. 3. Sentido unitario de determinadas modalidades delictivas: el quebrantamiento de condena y otros delitos contra la Administración de Justicia. 4. Bien jurídico protegido en estos el quebrantamiento de condena y otras modalidades de *frustración de la pena*. 5. Constitución y Ley General Penitenciaria: su repercusión en relación con la autofrustración de la pena: diversos problemas de autoría y participación. La relación de parentesco ante este delito. 6. Nuevas medidas sustitutivas de las penas largas privativas de libertad: la aparición de nuevas modalidades delictivas de *frustración de la pena*. 7. Delimitación de los tipos de acuerdo con los criterios generales de imputación objetiva. El tipo subjetivo. Especial repercusión respecto de los tipos cualificados de funcionarios. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCION. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. CRITICAS DOCTRINALES A ESTA FIGURA. EL PROYECTO DE CODIGO DE 1980

1.1. La figura del quebrantamiento de condena se encuentra ubicada desde el Código Penal de 1870 entre los delitos contra la Administración de Justicia. Conductas típicas son las de quebrantar la condena, la prisión, la conducción y la custodia. El término «condena» está dotado de un amplio significado, sin embargo, por una interpretación sistemática e histórica, a partir del artículo 129 del Código Penal de 1870, se ha de reducir a las penas en sentido estricto (1). Desde esta perspecti-

(1) En este sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978, p. 1164.

va, por «condena» se entienden las penas: privativas de libertad, restrictivas de libertad, las privativas de derechos y la privación del permiso de conducir (2). No comprende, por el contrario, otras penas como la privación de la nacionalidad española, reprensión, multa, caución y comiso, ni otras consecuencias jurídicas del delito como la responsabilidad civil y las medidas de seguridad (3).

1.2. En el Código se prevén tres tipos distintos en atención a quién sea el autor: si éste es el propio preso, artículo 334, si se trata de un tercero artículo 336 y, por último, en el caso de que el autor sea un funcionario en el artículo 362, bajo el epígrafe de «La infidelidad en al custodia de presos». Se prevé, asimismo, un tipo agravado, artículo 335 del Código Penal, para los supuestos en los que la evasión se lleva a cabo con violencia, intimidación o acuerdo con otros presos o funcionarios. La amplitud del ámbito de este tipo cualificado conlleva que la práctica totalidad de los supuestos «clásicos» (4) de quebrantamiento de condena se subsumiese en este tipo (5). Existen además otras consecuencias jurídicas negativas que se derivan de forma inmediata de la realización del tipo de quebrantamiento de condena, en el supuesto de que éste sea cometido por el propio preso (6) y se trate de la frustración de una pena privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 100. 1.º del Código Penal, ello constituye un impedimento para que se otorgue el beneficio de redención de penas por el trabajo. Este beneficio se deniega siempre que exista una sentencia condenatoria por quebrantamiento de condena. También, aunque no ineludiblemente, es factible la aplicación de sanciones disciplinarias de acuerdo con La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.

1.3. Es doctrina, prácticamente unánime, que el bien jurídico protegido en el quebrantamiento de condena es la Administración de Justi-

(2) En Alemania, sin embargo, en el § 120 StGB, que contempla la figura de la evasión de la cárcel, el tipo abarca también el quebrantamiento de una medida de seguridad, como es el internamiento en un establecimiento psiquiátrico o de reeducación, por todos, Eser, «Schönke-Schröder», *StGB, Kommentar*, 23.ª ed., München, 1988, § 120, n.º 3.

(3) El § 120 StGB hace referencia exclusivamente a las penas privativas de libertad. Como veremos, la violación de penas de otra clase se contempla únicamente en el § 258 y 258 a) *StGB*.

(4) Como más adelante pondremos de relieve, en la actualidad, y con mucha mayor amplitud en el futuro, las modalidades de conducta han variado como consecuencia de la aplicación de penas cortas de libertad, permisos..., *vid.*, *Infra*, 6.

(5) En este sentido, Muñoz Conde, «Derecho Penal. Parte especial», 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 731.

(6) A diferencia de la mayor gravedad que supone el quebrantamiento de una condena para el caso que sea el propio condenado el que la lleve a cabo, en Alemania la propia liberación —autoliberación— es impune. Sobre ello volveremos más adelante.

cia (7). Se entiende que existe en estas conductas un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado. En particular, se afirma que en estos delitos se protege «la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de determinadas penas o medidas» (8). Esta cierta unanimidad contrasta con el hecho de que hasta la promulgación de la nueva Ley General Penitenciaria en 1979 la ejecución de la condena tenía un carácter exclusivamente administrativo (9). Por tanto, la inclusión de estos delitos entre los delitos contra la Administración de Justicia supone una renuncia a la pretendida distinción entre la Administración y el Poder Judicial. En todo caso, el reproche fundamental a la consideración del quebrantamiento de condena como delito contra la Administración de Justicia es que ello supone una fundamentación formal del castigo, no material, lo que justifica todas las críticas que contra el tipo de quebrantamiento de condena se han dirigido.

1.4. Las actuales objeciones doctrinales sobre este delito tienen antecedentes históricos, que se remontan a Pacheco y Groizard, recogidas por Córdoba (10). El fundamento de las críticas se centra en que este delito impone a los condenados la obligación penalmente sancionada de cumplir la condena, lo que supone un abuso del *ius puniendi* por parte del Estado (11). Una de estas posiciones, desde una perspectiva política-criminal, propone distinguir el quebrantamiento de condena de penas privativas de libertad del quebrantamiento de otras modalidades de penas, en base a que respecto de las penas no privativas de libertad la situación es distinta «por no afectarles el *bis in idem* que suponen las sanciones penitenciarias y porque son penas cuyo cumplimiento es mucho menos controlable por el Estado» (12) (13). Estas críticas, no

(7) Un contenido distinto del bien jurídico protegido en el quebrantamiento es el que propone Vives Antón, en Cobo-Vives-Boix-Orts-Carbonell, «Derecho Penal. Parte Especial», 2.ª ed., Valencia, 1988, p. 292, entendiendo que lo protegido es el interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones judiciales. Con ello este autor se acerca a la concepción de la doctrina alemana sobre el bien jurídico protegido en el § 120 StGB, que es el monopolio del poder estatal, por todos, Eser, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 120, n.º 1.

(8) Quintano Ripollés, «Curso de Derecho Penal», T. II, Madrid, 1963, p. 583.

(9) En la Ley Orgánica de 26 de septiembre de 1979, en los arts. 76 y ss., se introduce la figura del Juez de Vigilancia con lo que la ejecución de la condena no puede considerarse ya como algo exclusivamente administrativo.

(10) Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1164.

(11) En parte distanciándose de esta postura doctrinal, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 296, entiende que el cumplimiento de las sentencias tiene jurídicamente un valor y constituye un deber para el condenado.

(12) Magaldi-García Arán, «Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal», *Documentación Jurídica*, n.º 37 a 40, p. 1153.

(13) Esta distinción, que político-criminalmente podría ser válida, no lo es si alcanzamos a dotar de un contenido propio al tipo de quebrantamiento, como veremos *Infra*, 2. Por lo demás, la última consideración no es aplicable frente a la nueva situación penitenciaria con los sistemas de régimen abierto, permisos, vacaciones...

obstante, sólo hacen referencia al tipo previsto en el artículo 334, es decir, a lo que podemos denominar *autoquebrantamiento*. Como veremos más adelante (14), junto a los motivos aquí aducidos para el rechazo de la incriminación del *autoquebrantamiento*, existen otros derivados de la Constitución, de la Ley General Penitenciaria, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en definitiva, de la función y límites que se predicán del actual Derecho Penal.

1.5. Pese a las críticas doctrinales y pese a que en 1980 ya se había promulgado la Constitución y la Ley General Penitenciaria, ni en el Proyecto de Código Penal de 1980, ni en el Anteproyecto de 1983, ni en las diferentes y numerosas reformas del Código Penal se ha contemplado la supresión de la figura del quebrantamiento de condena. Ello no sólo es así, sino que además la regulación propuesta en el Proyecto de Código Penal de 1980, en el artículo 518 se amplía la mención de los detenidos o presos también a los detenidos (15). Sin embargo, otros aspectos del Proyecto suponen una mejora, desde la perspectiva que aquí vamos a defender. Pueden calificarse como avances: la incorporación, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, del favorecimiento personal y real y de la prevaricación judicial, junto a la previsión de una atenuación de la pena considerable para el favorecimiento de la evasión por parte de los parientes del condenado. En el Anteproyecto de Código Penal de 1983, se mantiene también el tipo de quebrantamiento de condena cuando el autor es el propio condenado o preso, sin tomar en consideración la propuesta doctrinal de solucionar estos supuestos por medio de sanciones disciplinarias. Si se acoge, por el contrario, la distinción entre las penas privativas de libertad y las privativas de derechos, graduando la pena del quebrantamiento en relación con la pena frustrada. de este modo se asumen algunas de las críticas que se habían vertido (16), en el sentido de entender excesivo que se castigase con pena de cárcel, por ejemplo, el quebrantamiento de la privación del permiso de conducir (17) (17 bis).

1.6. En este punto creo conveniente adelantar algunas de las críticas y objeciones que me suscita este panorama doctrinal y legislativo

(14) *Infra*, 5.

(15) En este sentido la crítica de Luzón Peña, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, p. 794, otras críticas en Quintero Olivares, «Los delitos contra la Administración de Justicia», *RJCat.*, 1980, pp. 202-203.

(16) Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1153.

(17) Sobre la regulación del quebrantamiento de condena en el Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, vid., Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, pp. 1191-1193.

(17 bis) La regulación de los delitos contra la Administración de Justicia prevista en el Anteproyecto de 1991 no es sustancialmente distinta de la del Proyecto de 1980 o el Anteproyecto de 1983, con la excepción de que suprime la mención a «detenidos» en el art. 438.

del que he hecho una muy sintética exposición. Cuando se rechaza la tipificación del *autoquebrantamiento* de condena únicamente en relación con las penas privativas de libertad se está olvidando que todas las penas suponen un castigo (18), por ser expresión del ejercicio del *Ius puniendi* por parte del Estado. En esta misma dirección, cuando se critica que se castigue por igual el quebrantamiento de una condena de privación de libertad que el de la privación del permiso de conducir se tiene razón sólo en parte. El rechazo parcial a esta objeción se fundamenta en que si se mantiene el delito de quebrantamiento, en una u otra forma, será porque éste tiene un contenido material propio, es decir, tiene una finalidad específica de protección de un bien jurídico. Este bien jurídico protegido en el quebrantamiento ha de ser distinto de aquél que se protegía en el tipo previo, respecto del cual se dictó la condena, en otras palabras, estamos ante un delito autónomo (19).

1.7. A las objeciones anteriores se han de añadir los problemas que suscita la actual redacción de los tipos de favorecimiento de la evasión de presos y de infidelidad en la custodia de presos y detenidos. En estos tipos, a diferencia de la amplitud del tipo básico de quebrantamiento —*autoquebrantamiento*—, se contemplan modalidades de conducta que suponen la violación de una situación de guarda o custodia del sentenciado o preso. Por tanto, sólo aplicable respecto de las penas privativas de libertad y, respecto a éstas, únicamente de algunas formas de conducta (20). Ello determina la aparición de numerosas lagunas legales frente a las innovaciones introducidas respecto a la ejecución de las penas privativas de libertad por la Ley General Penitenciaria —régimen abierto, vacaciones, permisos—, y más se suscitarán de implantarse la pena de arresto de fin de semana y de otorgar mayor importancia a la pena de multa. La tendencia actual de sustituir las penas privativas de libertad por otras medidas alternativas, más acordes a las nuevas tendencias político-criminales (21), conlleva que el surgimiento de *nuevas* modalidades de conducta que realizan materialmente, aun cuando no formalmente, el tipo de quebrantamiento de condena (22). La interpretación de los tipos, que rea-

(18) En este sentido, Mir Puig, «Introducción a las bases del Derecho Penal», Barcelona, 1976, pp. 91-92, que advierte como en muchas ocasiones se confunde el concepto de pena —*mal*—, con la función de la pena.

(19) Sin embargo, como veremos *Infra*, 8, ello no es óbice para que se pueda arbitrar una cláusula, con carácter general, que impida el castigo del quebrantamiento con pena mayor a la prevista para el hecho previo.

(20) Vid. *Infra*, 6.3. y 6.4.

(21) Sobre el carácter general, que en Europa, ha alcanzado esta tendencia, vid. Mir Puig, «Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en al Europa actual», *Revista del Ilustre Colegio de abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 34, 1987.

(22) En Alemania esto es ya un hecho. Así, por ejemplo, según un informe del Ministerio de Justicia de Baden-Würtemberg, en el año 1983, se produjeron, en ese estado federal, 70.000 quebrantamientos de condena durante los permisos y vacaciones.

liza la doctrina y jurisprudencia, de forma que se extiende la aplicación a todos los supuestos en que subsiste la custodia: traslados, hospital..., y no exclusivamente a la evasión de la cárcel no quita valor a lo dicho. En el momento de la creación de estos tipos se pensaba en las modalidades de conducta comunes en aquella época: túneles, muros, llaves falsas... Hoy día, el problema se suscita, básicamente, con los permisos y el trabajo fuera de la cárcel. En el momento en que el condenado tiene la posibilidad de alejarse discrecionalmente no se puede hablar de custodia y, por tanto, tampoco de «evasión» de ésta (23). La situación de custodia sólo subsiste mientras sea posible impedir físicamente la huida (24), en consecuencia, sino hay custodia no puede haber violación de la misma.

2. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTRAS FIGURAS AFINES DESDE LAS NUEVAS DIRECTRICES DE LA POLITICA-LEGISLATIVA Y DE LA POLITIA-CRIMINAL

2.1. Cuando se pretende el estudio del quebrantamiento de condena, atendiendo, junto a principios dogmáticos, a directrices de política criminal se advierte, desde un principio, la necesidad de una nueva regulación. En un sentido similar a lo que ha sucedido con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la Ley General Penitenciaria y con la propia Parte General y Especial del Código Penal, se ha de perseguir adecuar su regulación al Estado actual y, en particular, a la Constitución (25) (26). Paralelamente, las nuevas orientaciones doctrinales y legislativas, en relación con los fines de la pena y del Derecho Penal, que ya han tenido repercusión en otras leyes, afectan de modo muy especial a los tipos aquí examinados. A partir de estos principios es necesario comprender las características esenciales propias de determinadas modalidades delictivas, cuya común finalidad de protección las reviste de una estructura básica unitaria (27), y que, sin embargo, están

(23) Sobre esta problemática en Alemania, en relación con el § 120 StGB, vid. Kusch, «Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen», *NStZ*, 1985, pp. 385-393, en particular, pp. 385-388.

(24) Sobre todo ello volveremos, *Infra*, 6.

(25) Sobre la estrecha relación entre Derecho Penal y Constitución y la necesidad de revisar las leyes penales, vid. Vives Antón, «Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal», *Comentarios a la Legislación penal*, Madrid, 1982, T. I, pp. 1-48 y, en particular, pp. 19-27.

(26) En el mismo sentido de necesidad de adecuación a la ley fundamental, vid. Zielinski, «StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch. Alternativkommentare», *Luchterhand*, 1986, Bd., 3, § 120, n.º 1, pone en relación el tipo de evasión de la cárcel con el § 2, n.º 2, 2.º del GG, que considera el derecho a la libertad personal como un derecho inviolable.

(27) Mir Puig, «La reincidencia en el Código Penal», Barcelona, 1974, pp. 7-8, en relación con el estudio conjunto de las distintas modalidades de reincidencia en base a su fundamento común.

recogidas en distintas partes del Código, o incluso que no están contempladas y deberían estarlo. Por razones sistemáticas, jurídicas y de política-criminal es aconsejable al unificación de distintos tipos legales, la supresión o modificación de otros y la creación de algún nuevo precepto.

2.2. Partiendo de la inclusión del quebrantamiento de condena entre los delitos contra la Administración de Justicia la doctrina conside- ra como bien jurídico protegido en este delito la propia Administración de Justicia. Desde esta perspectiva todas la críticas vertidas en relación con el quebrantamiento de condena están justificadas. El quebranta- miento como delito contra la Administración de Justicia supone la «obli- gación penalmente sancionada de cumplir al condena», es decir, se nos ofrece únicamente una fundamentación formal del castigo, no material. Pero es que además, hablando exclusivamente del bien jurídico «Admi- nistración de Justicia» no nos es posible encontrar el ámbito y contenido de los tipos, ya que existen muy distintos aspectos de la Administración de Justicia que se pueden proteger (28). La diversidad de facetas que pueden adoptar los ataques contra la Administración de Justicia determi- nan la consiguiente inconcreción que presenta como bien jurídico a pro- teger. Con ello no se pretende negar que en el tipo de quebrantamiento se protege «también» la Administración de Justicia. Una primera mati- zación parte del hecho de que no sólo hay que hacer especial hincapié en la posibilidad de distinguir entre los delitos contra la Administración de Justicia y los delitos contra la Administración pública, sino también entre los delitos contra la Administración de Justicia penal y civil (30).

2.3. La distinta protección del proceso penal sólo es viable a partir de los motivos que avalan la conveniencia de la protección autónoma del proceso penal. Esta distinción no es posible si entendemos que el nexo común de estas conductas prohibidas es que son «peligrosas o lesivas para los fines del proceso judicial, entendido éste como un ins- trumento de resolución de conflictos sociales» (31). La resolución de

(28) En este sentido, Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 714, que advierte como, por ejemplo, los delitos que atacan el aspecto ideológico o político de la Administra- ción de Justicia, cual es la independencia del poder judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico se encuentran ubicados en otro lugar del Código.

(29) Luzón Peña, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance...», p. 785, en sentido distinto, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, pp. 1123-1125, ponen acertada- mente de relieve que existen supuestos de ataque a la Administración de Justicia que pueden ser perfectamente comprendidos dentro de los delitos contra la Administración pública.

(30) Un ejemplo de la distinta protección que reciben ambos procesos nos la ofre- ce el propio Código Penal, que distingue entre el falso testimonio en el proceso civil y penal y entre la incomparecencia de testigos o peritos en el proceso civil y penal.

(31) Cfr. Magaldi, «El delito contra la libertad de las partes: aspectos críticos», *CPC*, 1987, pp. 580-617, p. 591.

conflictos sociales es una característica propia tanto del proceso civil, o del procedimiento administrativo o laboral, como del proceso penal. La resolución de conflictos sociales es el fin último de todo el Ordenamiento jurídico. Tampoco sirve seguir la sistemática, propuesta por Quintano (32), que parte de la dinámica procesal, ya que con ello no sólo no es posible proteger diferenciadamente el proceso penal, sino que además se sigue manteniendo una perspectiva formal de estos delitos (33). Una elaboración de los tipos de este sentido, sería equivalente a pretender una reelaboración de los delitos de falsedades, atendiendo a los distintos ámbitos de la Administración Pública a los que afecten, en lugar de tener como criterio rector para su clasificación la forma y medida en que lesionan la seguridad del tráfico jurídico.

2.4. La Constitución, en cuanto que ha de servir para obtener criterios rectores en la resolución de conflictos sociales, tiene que dotar de contenido material tanto al concepto de bien jurídico como al contenido de los distintos bienes jurídicos. En este sentido, la Constitución al consagrar un Estado social y democrático de Derecho nos permite fijar los límites del *Ius puniendi* (34). Estos límites resultan muy especialmente afectados cuando nos refrimos al alcance de la protección del ejercicio del *Ius puniendi* por el Estado. Un punto de referencia de la especificidad del proceso penal, como medio para el ejercicio de la potestad sancionadora por el Estado, nos lo ofrece precisamente el dato de que se proteja especialmente, no ya el proceso en sí, sino sus consecuencias: el cumplimiento de la pena (35). No puede olvidarse que la pena es un mal y, en consecuencia, el cumplimiento de la pena un castigo y como tal no puede ser un bien jurídico a proteger en sí mismo. La Constitución, al consagrar un Estado social y democrático de derecho, permite defender la prevención como función del Derecho Penal. Si la función del Derecho Penal es la prevención al proteger el ejercicio del *Ius puniendi*, lo que realmente se está protegiendo es esa

(32) Quintero Ripollés, «Curso de Derecho Penal», T. II, Madrid, 1963, pp. 570-571.

(33) En este sentido la crítica de Vives Antón, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 281; una crítica similar la realizan, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1121.

(34) Vid. Mir Puig, *Introducción...*, pp. 141-165, en relación con los límites del *Ius puniendi* como consecuencia de la existencia de un Estado social y democrático de derecho.

(35) Aun cuando se critique la actual regulación del quebrantamiento de condena, no se niega la necesidad de proteger el cumplimiento de la condena en relación con las conductas de favorecimiento de la evasión o de la infidelidad en al custodia de presos. Sin embargo, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1193, consideran factible una protección común de todas las decisiones judiciales, dentro del delito de desobediencia del art. 237 CP. Considero, sin embargo, que esta propuesta es difícilmente aceptable de *lege lata*, y tampoco creo que fuese adecuada de *lege ferenda*, como veremos al tratar de dotar de contenido material a los delitos aquí examinados.

función preventiva. Por tanto, lo que comporta un contenido de antijuricidad material a los delitos, aquí examinados, es la necesidad de proteger efectivamente las finalidades preventivas de la pena. Sea cual sea la concepción preventiva que se defiende es evidente que tanto el cumplimiento de la pena, como la imposición de ésta, han de ser rápidos y adecuados al hecho efectivamente cometido. Faltando esta inmediatez y adecuación no será posible hablar ni de intimidación, ni de ejercicio de la confianza en la norma, ni de la protección efectiva de la conciencia social de la norma... También desde un punto de vista retributivo, pena como realización de la justicia, es necesaria la protección de la imposición y ejecución de la pena. Sin embargo, desde una perspectiva retributiva, como veremos en su momento, algunos de los supuestos que entiendo han de considerarse típicos, desde un punto de vista preventivo, no lo serían. Así, por ejemplo, los retrasos del proceso — demora en la imposición de la pena— o en la ejecución de la condena no lesionan la idea de Justicia. Esta, en base a su carácter absoluto, no cambia porque se realice en uno u otro momento; una expresión popular de ello lo encontramos en la frase, tantas veces repetida, «al fin se ha hecho justicia».

2.5. Las finalidades preventivas, sin embargo, sí resultan lesionadas por el retraso en la imposición o ejecución de la condena (36). Beccaria, ya afirmaba que «Cuanto más pronta sea la pena y más cerca siga al delito cometido, tanto mayor será su justicia y su utilidad... porque cuando mayor es el intervalo de tiempo que transcurre entre la pena y el mal hecho, tanto más intensa y perdurable es en el ánimo humano la asociación de estas dos ideas: delito y pena, de modo que insensiblemente se considera la una como causa y la otra como efecto necesario e ineludible». Añadiendo «[...] uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad... La certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad». Palabras estas que están revestidas de la más absoluta modernidad y que deberían de estar en la mente de todo legislador moderno. En orden a lograr la efectividad de las finalidades preventivas del Derecho penal es necesario proteger, de forma específica, los momentos de imposición y ejecución de la pena —y, en su caso, los previos a la imposición y posteriores a la realización del hecho típico— (37). Para alcanzar los efectos preventivos de la pena se han de tipificar aquellos comportamientos idóneos para

(36) La entidad que ha de revestir este *retraso* para poder considerarlo típico se tratará *Infra*, 4.

(37) Nos estamos refiriendo con ello a los supuestos de encubrimiento real y personal, aspecto éste sobre el que volveremos, pero sobre el que, en todo caso, no profundizaremos por exceder los límites de este trabajo.

conseguir la *frustración* de esa imposición o ejecución de la pena (38).

2.6. La comprensión del quebrantamiento de condena y, en general, de la *frustración* de la pena, como tipo/s en los que se protege la efectividad de la finalidad preventiva de la pena, se deriva de que la protección del *Ius puniendi* del Estado se justifica sólo en tanto sirva para proteger esta función preventiva del Derecho Penal. Ello tiene distintas consecuencias, en parte contrapuestas. Por un lado, la nueva interpretación del quebrantamiento de condena, ampliada además a los otros supuestos en que se frustra la pena, permite determinar el alcance que ha de tener la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o, en otras palabras, concretar el aspecto del funcionamiento de la Administración de Justicia que, desde una perspectiva preventiva, hay que tomar en consideración. En sentido contrario, se advierte que la protección de las finalidades preventivas no puede surtir efecto, por medio del tipo de quebrantamiento de condena —y de evasión de presos—, cualquiera que sea su configuración. La concreción de los aspectos de la Administración de Justicia que se han de proteger nos conduce a concluir que no todos los delitos contra la Administración de Justicia protegen de modo inmediato la finalidad de prevención. En un primer examen, parece que habría que excluir, de entre éstos, al acusación y denuncia falsa, la simulación de delitos, la provocación de actuaciones judiciales, la omisión de evitar determinados delitos y la realización arbitraria del propio derecho. Mientras que la necesidad de completar la protección de las finalidades preventivas supone que han de abarcar, junto a algunos de los tipos calificados como delitos contra la Administración de Justicia, otros que se encuentran actualmente en otros lugares del Código Penal, como la prevaricación, la presentación de documento falso en juicio, el encubrimiento... y la creación de otros, en este momento, inexistentes.

(38) La elección del término *frustración de la pena* para calificar estas conductas se deriva del sentido del término *Strafvereitelung*, utilizada por el legislador alemán, § 258 StGB, para definir los ataques a la correcta imposición y ejecución de la pena. El significado de la palabra *vereiteln*, en sentido literal, es el de *dejar sin eficacia* —*Wirkungslos machen*— (Küpper, «Strafvereitelung und “sozialadäquate” Handlungen», GA, 1987, pp. 385-402, p. 393). La frustración del delito supone que se ha *dejado sin eficacia* una conducta antijurídica virtualmente lesiva. Se produce la frustración cuando de un comportamiento totalmente adecuado para causar un resultado no se sigue éste, es decir, se *deja sin eficacia al delito*. En la *frustración de la pena*, sin embargo, lo que se *deja sin eficacia es la pena*. La traducción de *Strafvereitelung* por «obstaculización de la punición» (trad. de Mir Puig, en Jescheck, «Tratado de Derecho Penal. Parte General», V, 2.º, Barcelona, 1981, p. 971), hace referencia, en mayor medida, a la anterior regulación de este tipo y no a la actual que pone el acento en la eficacia de la conducta para impedir la imposición o ejecución de la pena.

2.7. Los delitos contra la Administración de Justicia deben de ser revisados y estructurados en atención a la forma y gravedad con que lesionan esa finalidad de protección de la efectividad de la función preventiva del Derecho Penal. Desde esta perspectiva, no tiene el mismo contenido de injusto un delito que lesiona de un modo formal el funcionamiento de la Administración de Justicia, como son los supuestos de provocación de actuaciones —por simulación de delito...—, que otro que esté en relación con el momento y medida de aplicación de la pena. Son hechos, en principio, más graves aquellos que afectan de forma inmediata a la imposición o ejecución de la pena, por la repercusión social que ello conlleva. En conclusión, hay que partir de que ni la Administración de Justicia, ni el Derecho estatal de castigar se protegen en sí mismos, sino únicamente en atención a su común finalidad de servir a la función del Derecho Penal global: la prevención general (39). En consecuencia, el nexo de unión de las modalidades de conducta que se han de considerar típicas se encuentra en su idoneidad para dificultar o frustrar el normal inicio, desarrollo y conclusión del proceso penal o que dificultan o frustran al efectividad de la ejecución de una sentencia condenatoria.

2.8. Este sería el marco general que debe de ser limitado, en un primer momento, en relación con la propuesta legislativa, de acuerdo con los principios generales del Derecho Penal, el carácter de *última ratio* de éste y los principios constitucionales y, en un momento posterior, en relación con el caso concreto, por los criterios generales de interpretación del tipo, reglas generales de autoría y participación, imputación objetiva, riesgo permitido... En palabras de Mir Puig, «[...] una utilización limitadora del concepto de prevención general positiva» y la búsqueda de un «[...] derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente». De este modo, podemos avanzar (40), que el límite más importante a la protección de la efectividad de la función preventiva es la decisión sobre la tipicidad o atipicidad de la *autofrustración*—, ya sea en forma de *autoliberación*, *autoencubrimiento* o de *autofrustración del proceso* (41), en definitiva, de la *autofrustración de la pena*. La decisión se fundamenta en la existencia de una situación de conflicto de intereses entre los derechos del individuo afectados por la imposición de la condena y el mantenimiento de la función preventiva del Derecho Penal. Este conflicto de intereses se soluciona, con carácter general, en base a los propios principios constitucionales, a favor de la no incriminación de estas conductas. No estamos, por tanto, frente a una causa de justificación o de no exigibilidad, en sentido estricto. La razón de ello es que la situación de conflicto existe *ex ante*, y con

(39) Sobre ello, vid. Kusch, NStZ, 1985, p. 388.

(40) *Infra*, 5.

(41) Sobre el significado de estos términos, vid. *Infra*, 3 y 9.

carácter general, siempre que se dé el hecho de que sea el *autor de la frustración* el mismo sujeto que realizó el hecho típico previo, en base a motivaciones tanto jurídicas como de política-criminal. En las causas de justificación o de no exigibilidad, por el contrario, hay que atender al caso concreto para poder valorar si concurren sus requisitos.

3. SENTIDO UNITARIO DE DETERMINADAS MODALIDADES DELICTIVAS: EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

3.1. Para aprehender el sentido unitario de determinadas modalidades delictivas es necesario atender a su finalidad de protección. No podemos partir de los bienes jurídicos que se entiende protegidos en ellas ya que, en tal caso, nos veríamos inmersos en un círculo vicioso. Por el contrario, lo que hemos de perseguir es configurar claramente el contenido del bien jurídico que pretendemos proteger y, a partir de ahí, ver que tipos ya existentes pueden servir a este fin y que lagunas se deben de cubrir. Por efectividad de la prevención general se puede entender la protección, junto al derecho del Estado a castigar en el caso concreto, de la validez fáctica de todas las normas penales consideradas en el hecho previo y los bienes jurídicos protegidas por ellas (42). Ello supone una concepción de la prevención general fundamentadora como modo de mantener la vigencia de la norma tras la infracción (43), es decir, la prevención entendida como ejercicio del reconocimiento de la norma. Las críticas que se han levantado frente a esta concepción de la prevención son suficientemente conocidas y tienen la suficiente entidad como para rechazar este posible contenido del bien jurídico protegido en estos tipos. Por otro lado, esta concepción del bien jurídico sólo tiene utilidad respecto de las fases previas a la ejecución de la pena —la incoación del sumario y el proceso penal. Si se concibe el bien jurídico como confirmación de la vigencia de la norma éste sólo se lesionaría por la *frustración* del proceso y no por la *frustración* de la condena (44).

3.2. Vemos pues que hablar de protección de la eficacia preventivo-general de la amenaza penal como bien jurídico protegido no nos permite delimitar el contenido de los tipos, siendo necesario determinar lo que entendemos como prevención general. Si partimos de una con-

(42) En este sentido, Amelung, *JR*, 1978, p. 229.

(43) En este sentido, Jakobs, «Strafrecht Allgemeiner Teil», Berlin, New York, 1983, p. 7.

(44) En este sentido, la crítica de Kusch, *NSrZ*, p. 388, en relación con la postura de Amelung.

cepción de prevención general como negativa o intimidatoria, es evidente la necesidad de proteger tanto la imposición de la pena como su cumplimiento (45). Desde esta perspectiva, hay que tomar en consideración que la eficacia preventivo-general-negativa-intimidatoria no depende, en primer lugar, de la gravedad de la penas que amenazan frente a la comisión de un delito. Mucho más, esta eficacia está inmediatamente relacionada con la mayor o menor probabilidad, con que puede contar el autor, de permanecer sin ser descubierto o castigado o sin cumplir la condena. Del mismo modo, se advierte desde esta perspectiva que la eficacia de la prevención general intimidatoria se encuentra también en relación con la probabilidad de recibir la ayuda de otros con que cuenta el sujeto que delinque tras la realización de un delito. La intensivación de la eficacia preventivo-general-intimidatoria de la amenaza penal, surte efecto cuando el autor tiene una mínima probabilidad de encontrar la ayuda necesaria tras la realización del hecho típico y, con ello, de forma mediata, se disminuye el riesgo de la comisión de delitos (46). Pero no sólo la prevención general intimidatoria exige la protección de la efectividad de la amenaza penal, en los dos momentos de la imposición de la pena y de su ejecución, sino que también desde una perspectiva de prevención general positiva es ésta necesaria.

3.3. La prevención general, entendida como «protección efectiva de la conciencia social de la norma» (47), exige que la norma penal tenga efectividad. La población no se puede «tomar en serio» unas normas que en la práctica no surten efecto. Si la sociedad advierte que se pueden conculcar los tipos penales sin que ello conlleve la respuesta legal prevista en la propia norma, o sin que ello se efectúe en forma adecuada y rápida, no sólo desaparece su eficacia preventiva sino que, además, ello provoca un sentimiento de injusticia en relación con los otros supuestos en que sí surte efecto la amenaza penal. La tarea preventiva del Derecho sólo se puede llevar a término correctamente cuando la sociedad «toma en serio» las amenazas de castigo previstas en los tipos penales. Para conseguirlo es exigible, no sólo que se dicte la sentencia de forma rápida y adecuada al hecho, sino además que se ejecute el castigo. En consecuencia, tanto desde una perspectiva de prevención general positiva-integradora como negativa-intimidatoria se ha de pro-

(45) Sobre el concepto de prevención general intimidatoria, vid. Luzón Peña, «Prevención general y Psicoanálisis», en *Derecho Penal y Ciencias sociales* (ed. Mir Puig), Bellaterra, 1982, pp. 149 y ss.

(46) En este sentido, Mieke, «Fest. für Honig», 1970, p. 105; Lenckner, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978, pp. 339-357, p. 353 y n.º 40.

(47) Mir Puig, «Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas», *Poder y control*, n.º 0, 1986, p. 54.

teger de forma unitaria la imposición y la ejecución de la pena, por lo que no entraremos en la discusión sobre el concepto de prevención general que deba considerarse como más adecuado.

3.4. La función de prevención especial que la Constitución asigna al Derecho Penal, artículo 25.2, ha sido considerada, por la doctrina, como expresión de un derecho ideal, es decir, con una finalidad orientadora en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (48). Esta interpretación del precepto constitucional es la única posible. Si se aplicarán las penas atendiendo exclusivamente a criterios preventivo-especiales se iría en contradicción con los principios de proporcionalidad y culpabilidad consagrados por la propia Constitución. Por otro lado, no hay que olvidar las profundas críticas vertidas en torno a la idea de resocialización social por atentar a la dignidad humana. A ello hay que sumar el fracaso de la resocialización en los países en que se ha intentado llevar a término. En ningún caso puede decirse que los resultados obtenidos sean esperanzadores. Que la idea de la prevención especial se repita en el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria puede explicarse en el sentido de que la resocialización ha de ser la tendencia a seguir en la forma de ejecución de las penas privativas de libertad. En Alemania, sin embargo, un sector doctrinal entiende que en los tipos que protegen la imposición y la ejecución de la condena se protegen conjuntamente las finalidades de prevención general y especial (49). En este sentido, se afirma que un proceso rápido permite ajustar la pena en mayor medida tanto a las circunstancias del hecho —proporcionalidad y prevención general— como a las del sujeto —culpabilidad y prevención especial— (50). En consecuencia, se entiende que la protección del proceso penal con el fin de alcanzar una imposición de la pena de forma adecuada y rápida tiene al mismo tiempo funciones de prevención general y especial y de justicia —proporcionalidad y culpabilidad. Sin entrar en la validez o no de la prevención especial, por no ser ésta la sede adecuada, lo que sí es evidente es la importancia de un proceso rápido, por ser condición *sine qua non* para cumplir con los principios de proporcionalidad y culpabilidad (51).

3.5. La referencia a los principios de proporcionalidad y culpabilidad apunta ya a los límites que han de estar presentes a la hora de pro-

(48) Cobo-Boix, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», *Comentarios a la legislación penal*, T. I, pp. 191-232, en particular, pp. 218 y ss.

(49) Cfr. Lenckner, *Gedächtnisschrift für H., Schröder*, p. 344; Rudolphi, «Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung», *JuS*, 1979, p. 861; Kusch, *NSZ*, 1985, p. 389.

(50) Rudolphi, *JuS*, 1979, p. 861; Frisch, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *NJW*, 1983, p. 2471.

(51) La propia Constitución en el art. 24.2 consagra el derecho, en este caso como derecho del procesado, a «[...] un proceso público sin dilaciones indebidas...».

teger las finalidades preventivas del Derecho Penal. Hasta aquí hemos tratado de fundamentar la necesidad de proteger penalmente la imposición y ejecución de las penas de forma rápida y adecuada al hecho típico realizado. No podemos olvidar, sin embargo, que la propia Constitución proporciona criterios rectores sobre los límites que han de ser tenidos en consideración. El primero de estos límites tiene carácter material y hace referencia a la situación de conflicto que surge siempre que el Estado ejercita el *Ius Puniendi* (52). El artículo 10.1 de la Constitución proclama, como «fundamento del orden político y de la paz social», «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás». Tanto la dignidad de la persona como otros derechos inviolables como la libertad —no sólo deambulatoria sino también en otros de sus múltiples aspectos como puede ser: de vivir en un determinado lugar, de ejercer una profesión, de conducir...— o la propiedad — multa, confiscación...— resultan lesionados. La afectación de derechos fundamentales de la persona no sólo tiene lugar en el momento de la ejecución de la condena sino también durante su imposición, es decir, a lo largo del desarrollo del proceso penal. Del artículo 10.1.º es posible deducir al primacía del individuo frente a la sociedad en nuestra Constitución (53). Por tanto, en el conflicto de intereses entre bienes jurídicos supraindividuales, como son tanto la eficacia preventiva del Derecho Penal como el funcionamiento de la Administración de Justicia, y la dignidad humana la balanza se ha de inclinar necesariamente a favor de la segunda (54). La consecuencia inmediata de la existencia de este límite tiene especial incidencia en la propuesta de atipicidad respecto de la *autofrustración* (55).

3.6. El segundo límite está relacionado específicamente con el desarrollo del proceso. La necesidad de que, por exigencias preventivas, la imposición de la pena se lleve a efecto de modo rápido está limitada por el derecho de defensa y otros derechos instrumentales. En el artículo 24.2. de la Constitución se consagra el derecho a la defensa, junto a otros derechos como el de acción o el jurisdiccional. La exigencia de un proceso rápido no puede ir en detrimento del derecho constitucional a la defensa. Este límite debe de ser tenido en cuenta, en primer lugar, en el momento legislativo. En este primer momento la existencia del derecho a la defensa conlleva que sólo se puedan tipificar

(52) Vid., *Supra*, 2.8.

(53) Berdugo Gómez de la Torre, «El consentimiento en las lesiones», *CPC*, 1981, p. 209.

(54) Vid. Cerezo Mir, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 87-88, que entiende que con la *dignidad de la persona humana* nos encontramos frente a un principio de justicia material, como límite imanente del Derecho positivo.

(55) Vid. *Supra*, 2.8 y *Infra*, 5.

aquellas conductas que supongan una dilatación del proceso sin servir, al mismo tiempo, para cumplimentar ese derecho a la defensa (56). El derecho a la defensa tendrá a su vez eficacia en un segundo momento, es decir, en la resolución del caso concreto. En el juicio sobre la tipicidad de un *retraso* la imposición de la pena habrá que atender a si la causa del retraso servía a la defensa del procesado o únicamente pretendía ocultar datos o, sencillamente, dilatar el momento de la imposición de la condena.

3.7. Dentro de este derecho a la defensa se encuentra el derecho a «no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable». Este aspecto del derecho de defensa nos ofrece un nuevo motivo para afirmar la atipicidad de la *autofrustración de la pena*, en este caso, en relación con la *autofrustración del proceso*. Este derecho es reflejo, en la propia Constitución, de la situación de conflicto que surge en estos casos. Un sentido similar al anterior, extendiendo el alcance de este derecho a «no colaborar con la acusación», tiene el llamado «derecho al secreto», consagrado en el mismo artículo 24, en el último párrafo. De acuerdo con los artículos 261, 263 y 416 LECr. este derecho se concreta en la dispensa de la obligación de denunciar y de declarar para determinadas personas que tienen un lazo de parentesco o profesional con el acusado. Hasta que punto este derecho de parientes y abogado defensor debe de afectar a la protección de la eficacia preventiva de las normas penales es algo que necesita una profunda discusión que excedería los límites de este trabajo. No obstante, podemos adelantar, que, a primera vista, parece indiscutible la necesidad de tomarlo en consideración, pero ¿cuál ha de ser su alcance? (57). La única posibilidad de concretar este derecho y limitar su alcance es plantearlo como un supuesto de conflicto de deberes. En este conflicto tenemos, por un lado, el deber del abogado o pariente de defender al acusado y, por otro, el deber de los mismos de no obstaculizar irregularmente el deber que tiene el Estado de imponer una condena como consecuencia jurídica de la realización de un hecho típico y antijurídico. Aquellos comportamientos que supongan una obstrucción del proceso, sin estar justificados por el ejercicio del derecho a la defensa, constituirían la modalidad típica de *frustración del proceso*.

3.8. Todo lo anterior nos ofrece un primer marco del contenido y alcance de las conductas típicas en relación con la imposición y ejecución de la pena. Por un lado, ofrecemos un concepto del bien jurídico que se debe de proteger: la eficacia preventiva de las normas penales. Del mismo modo, hemos buscado los límites que ha de tener la protec-

(56) Sobre el alcance del derecho de defensa, vid. Gimeno Sendra, «Los derechos de asociación penal al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales», *Comentarios a la legislación penal*, T. I, pp. 141-190, en particular, pp. 162-190.

(57) *Infra*, 5, haremos una somera referencia a este punto, en relación con la opinión de la doctrina y legislación alemana sobre el mismo.

ción de ese bien jurídico. Ello nos permite comprender la estructura homogénea que tienen los momentos de imposición y ejecución de la pena por constituir dos aspectos de un mismo problema: la eficacia de la norma penal. Junto a esta base común se ha de considerar la existencia de diferencias que, aun no siendo esenciales, no han de ser desestimadas. Un primer motivo, que explica la necesidad de distinguir entre uno y otro momento, es la existencia de límites que sólo afectan a la protección de la imposición de la pena. Un segundo motivo está relacionado con la *posible* mayor relevancia de los aspectos de prevención especial en la protección de la ejecución de la pena. Junto a lo anterior, hay que poner de relieve la estrecha vinculación entre la *frustración* de la imposición y ejecución de la pena y el momento previo a la incoación del proceso: la *frustración* del descubrimiento de la realización de un hecho típico, es decir, el encubrimiento (58).

3.9. Una reestructuración de los llamados delitos contra la Administración de Justicia desde una perspectiva como la que aquí proponemos ha de buscar, de entre los delitos incluidos en ese Título, aquellos que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de las normas penales, distinguiéndolos respecto de aquellos otros que sólo tienen una relación mediata, en cuanto afectan al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Entre los primeros estarían el de falso testimonio en juicio penal y los de quebrantamiento de condena y evasión de presos. Por el contrario, los de acusación y denuncia falsa —con toda la problemática que conlleva sobre su carácter pluriofensivo o no (59)—, el llamado delito contra la libertad de las partes —con las críticas que ha merecido su regulación (60)—, el de falso testimonio en juicio civil, el de simulación de delito —que normalmente está íntimamente relacionado con la ocultación de la comisión de otro delito— y los de realización arbitraria del propio derecho y de omisión de evitar determinados delitos —que es difícil incluir, incluso, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia en sentido amplio. De otros lugares de la Parte especial del Código habría que incorporar los de prevaricación judicial en asunto criminal, infidelidad en la custodia de presos y presentación de documento falso en juicio penal. Por último, de la Parte General se debería de extraer el tipo de encubrimiento, considerado por la doctrina como forma de participación (61).

(58) Vid. *Supra*, n.º 36.

(59) Cfr. Magaldi, «Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa», *ADPCP*, 1987, pp. 37-72, en particular, pp. 38-46; a favor del carácter pluriofensivo; Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1088.

(60) Sobre los problemas que suscita este tipo, vid. Magaldi, *CPC*, 1987, pp. 589-617.

(61) En otro sentido, Mir Puig, «Derecho Penal. Parte General», 3.ª ed. Barcelona, 1990, p. 442, que entiende que el art. 17 CP no obliga a considerar al encubridor como partícipe, sino que sólo determina el carácter accesorio del encubrimiento respecto del hecho principal.

3.10. Lo anterior fue recogido, en parte, por el Proyecto de Código Penal de 1980 y por el Anteproyecto de Código Penal de 1983. En el primero se recoge dentro de los delitos contra la Administración de Justicia la prevaricación de jueces, abogados y procuradores y el favorecimiento personal y real, es decir, el encubrimiento. Junto a ello incorpora un tipo nuevo en el artículo 513 que hace referencia a la destrucción, inutilización u ocultación, cometida por abogado o procurador, de documentos o actuaciones, que afecta de modo inmediato a la protección de la imposición de la pena. Con ello, sin embargo, no se logran los objetivos que aquí pretendemos alcanzar (62). Estos son:

— Protección diferenciada de las conductas que afectan únicamente al funcionamiento del proceso penal y las que lesionan las finalidades preventivas.

— Una protección específica y unitaria respecto de aquellas conductas que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de la norma penal.

— Una limitación de esta protección en atención a los principios constitucionales.

— Protección conjunta cualquiera que sea el autor, con independencia de poder crear tipos agravados para los supuestos en que el autor sea un funcionario o de poder castigar, en estos casos, también las realizaciones imprudentes.

— Dentro del tratamiento unitario de estas conductas distinguir entre aquéllas que afectan al momento previo al proceso, las que lo hacen respecto de la imposición de la pena y las que atañen a la ejecución de la pena.

— Una concreción de las conductas típicas y de la imputación del resultado, en base a las finalidades preventivas que se protegen.

3.11. Las características que presenta la Administración de Justicia, como bien jurídico, no permiten hablar de un resultado distinto a la propia lesión del bien jurídico que supone la realización de una conducta típica. De esta forma los delitos que afectan exclusivamente al funcionamiento de la Administración de Justicia, sin lesionar la finalidad de prevención general, han de quedar separados e, incluso de *lege ferenda*, y en virtud del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, sustituir la protección penal por la administrativa. Si analizamos los distintos delitos contra la Administración de Justicia es posible advertir que nos encontramos frente a delitos que además de no tener identidad propia, en general, tienen una naturaleza pluriofensiva. Son tipos, en los cuáles la lesión del funcionamiento de la Administración de Justicia puede ser: 1) un medio para la comisión de otro delito, como en la acusación y denuncia falsa respecto de la calumnia (62 bis); 2) un

(62) En este sentido, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 299.

(62 bis) Esta afirmación es válida también respecto de la regulación de los delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto de 1991.

medio para ocultar o para cometer otro delito, así la simulación de delito (63), o 3) una consecuencia irrelevante de otro hecho típico, como en el llamado delito contra la libertad de las partes (64). Respecto al delito de omisión de evitar determinados delitos se trata de avanzar las barreras de protección de otros bienes jurídicos que se consideran especialmente valiosos (65). En relación con el falso testimonio su naturaleza falsaria ha sido repetidamente puesta de relieve por la doctrina (66). Hay un dato histórico que avala esta postura y es que hasta la promulgación del Código Penal de 1939 este tipo estuviera situado entre las falsedades. Desde un punto de vista de contenido material y sistemático no entiendo el porqué se sacó de las falsedades únicamente el falso testimonio y no la presentación en juicio de documento falso. Por último, respecto de la realización arbitraria del propio derecho se pone de relieve no sólo su carácter pluriofensivo (67), sino que incluso se pone en duda su carácter de delito contra la Administración de Justicia (68) y se advierte sobre su carácter superfluo (69). Esta rápida exposición de la situación actual pone de relieve que los delitos contenidos en este Título no tienen un verdadero contenido de injusto material común. Ello puede verse como consecuencia de la poca concreción que permite un bien jurídico como la Administración de Justicia. Del mismo modo, el panorama anterior sirve para poner en duda la necesidad de un tratamiento penal diferenciado de los supuestos que únicamente afectan al funcionamiento de la Administración de Justicia (70),

(63) Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 736, advierte como la simulación de delito puede servir tanto para ejecutar otro delito como para ocultar la realización de otro. Esto se advierte aún con mayor claridad al analizar los casos que llegan a los tribunales como simulación de delito, así por ejemplo, SAP, Sevilla, 21-7-1983, en la que se finge que B ha sido víctima de un atraco para quedarse con el importe del cheque que *había sido robado*.

(64) En este sentido la crítica de Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 200, donde afirma que las conductas previstas en este tipo serían igualmente punibles sin la existencia de estos delitos.

(65) En este sentido, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 299; en otro sentido, Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 739, que entiende que el bien jurídico protegido es el deber de solidaridad referido a los bienes jurídicos previstos en el tipo.

(66) Vid. Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1144.

(67) Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1182; Bajo Fernández, «La realización arbitraria del propio derecho», Madrid, 1976, p. 61.

(68) En este sentido STS 1 de febrero de 1971 (A 453) o STS 12 de junio de 1975 (A 2863).

(69) Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 201, entiende que la mayoría de los comportamientos previstos como típicos, en la ampliación del tipo propuesta en el Proyecto de Código Penal de 1980, se puedan subsumir en los delitos de amenazas y coacciones.

(70) En el supuesto de que político-criminalmente parezca conveniente su mantenimiento se podría considerar la propuesta de Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1125, de incluirlos entre los delitos contra la Administración Pública (en la actualidad «delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos»).

ya que en ese caso aparece más conveniente un tratamiento unitario con los otros delitos contra la Administración Pública. Esta propuesta de configuración de los tipos de quebrantamiento de condena supone un retroceso de la barrera de protección respecto a la actual regulación, a diferencia de lo que está sucediendo en las actuales reformas del Código con la creación de numerosos delitos de peligro tanto concreto como abstracto. Este retroceso no sería posible si se entiende que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, pues en tal caso el delito se consuma cuando la conducta interfiere en el proceso penal alterando su correcto funcionamiento.

4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN ESTOS TIPOS: EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTRAS MODALIDADES DE *FRUSTRACION* DE LA PENA

4.1. En el apartado anterior hemos adelantado el contenido del bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento y afines. Ahora pretendo indicar alguno de los problemas que supone defender otro contenido del bien jurídico y señalar las consecuencias que conlleva defender el bien jurídico propuesto. Hemos advertido como no es posible desligar el estudio de estas conductas de las finalidades de la pena y del Derecho Penal. En cierta medida, estamos frente a un problema análogo al que suscita la reincidencia, como puso de relieve Mir Puig (71). No obstante, así como la reincidencia es indicativa del fracaso del actual sistema punitivo, los tipos a que aquí hacemos referencia pretenden combatir, desde otra perspectiva, ese mismo fracaso (72). Decimos desde otra perspectiva porque, como ya avanzamos en el apartado anterior, con estos delitos no se pretende proteger, al menos como finalidad primordial, la eficacia de la prevención especial. El fracaso del sistema punitivo es un fracaso, básicamente, de la prevención especial y, en particular, de la resocialización. La idea de resocialización no justifica el castigo por quebrantamiento, pues el quebrantamiento de una condena sólo indica que no se ha logrado esa pretendida resocialización. Con estos tipos, sin embargo, no se pretende incidir en el sujeto que ya ha delinquido sino en toda la sociedad. Por otro lado, desde la prevención especial no se puede abarcar

(71) Mir Puig, *La reincidencia...*, p. 13, pone de relieve la estrecha relación entre reincidencia y finalidad de la pena, considerando que el instituto de la reincidencia es un criterio esencial para medir el éxito o el fracaso de un sistema penitenciario.

(72) El diferente significado de la reincidencia y el quebrantamiento, es puesto de relieve por Mir Puig, *La reincidencia...*, pp. 525-526, que advierte como en el primero supone la negación del contenido inmediato de la sentencia, la infracción del reincidente deja intacto el contenido de la condena.

todas las modalidades de conducta que, en esta sede, consideramos que merecen un tratamiento unitario.

4.2. El quebrantamiento de condena, entendido como delito contra la Administración de Justicia, se justifica únicamente como lesión del «sentido de autoridad de una sentencia condenatoria» (73). Así considerado, se justifica también la propuesta de situar los tipos de quebrantamiento y evasión como delito de desobediencia a sentencias, que hoy se reconduce al delito de desobediencia del artículo 237 del Código Penal (74). Con ello nos enfrentáramos a un delito que estaría dirigido, de forma inmediata, al sujeto sobre el que ha recaído la condena, cuando lo que aquí proponemos, en atención a criterios constitucionales y a los principios generales del Derecho Penal, es la consideración de las conductas de *autofrustración* como atípicas. Por el contrario, el planteamiento aquí defendido permite distinguir entre la desobediencia a una sentencia penal y a otra civil, y tratar conjuntamente las conductas que afectan a los distintos momentos en que ha de mostrar su eficacia la norma penal. Por último, y motivo esencial del rechazo a entender que el bien jurídico es la Administración de Justicia es la falta de justificación material del castigo de estas conductas desde el momento en que se niega que el Derecho Penal tenga como finalidad convencer al delincuente de su maldad. Es decir, las mismas críticas que se han vertido frente a la idea de resocialización se podrían repetir aquí.

4.3. La concepción del bien jurídico de los tipos de quebrantamiento y afines, entendido como eficacia de las finalidades de prevención general adscritas al Derecho Penal, conlleva la configuración de los tipos como delitos de resultado, a diferencia de los delitos contra la Administración de Justicia, en general, de mera actividad. No es lo mismo un delito contra la Administración de Justicia, en el que se persigue un correcto funcionamiento del proceso y, por tanto, de naturaleza formal, en los que no se produce un efectivo resultado lesivo, que un delito que lesiona la función preventiva de la pena. Los delitos propuestos en este trabajo están configurados como delitos de resultado, en el sentido de que no persiguen proteger el proceso penal, sino lograr una aplicación y ejecución rápida de la pena adecuada. Si el proceso se retrasa o se sigue un procedimiento de falta en lugar de delito, por ejemplo, el ciudadano tiene la impresión de que el hecho penal no ha sido tenido en cuenta o no lo ha sido suficientemente, lo que determina la infracción de las finalidades de prevención general de la pena. El resultado típico se produce cuando no se impone la pena, se impone una menor a la debida, cuando se retrasa la imposición un tiempo considerable y cuando no se ejecuta esa pena o se

(73) En palabras de Latagliata, «Contributo allo studio della recidiva» (tomado de Mir Puig, *La reincidencia...*, p. 506).

(74) En este sentido, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37 a 40, p. 1193.

retrasa su ejecución. El resultado puede consistir en: la imposición de una pena distinta a la que correspondía, en la aplicación de una pena atenuada, en que no se tenga en consideración una circunstancia agravante, en que el comiso o la confiscación sólo alcancen a parte de los objetos que debían de ser confiscados o decomisados (75). También se consideraría frustrada la imposición de la pena si, por ejemplo, en base a una conducta antijurídica se consigue la absolución en primera instancia, aun cuando luego el sujeto fuera condenado en una instancia superior.

4.4. Mucho más problemático es afirmar la existencia de un resultado en los supuestos en que éste consiste en un *retraso* en la imposición de la pena y más aún, cuando se trata de un *retraso* en la ejecución de la pena. Un proceso rápido tiene al mismo tiempo una función de prevención general y de justicia, siendo además una exigencia constitucional, como pusimos de relieve en los apartados anteriores. Es evidente que el tiempo todo lo diluye y borra las pruebas, todo aparece más dudoso. El problema es determinar que *en qué casos* y *qué entidad* tiene que revestir el retraso para que suponga una efectiva *frustración de la pena* (76). Desde la perspectiva cualitativa, es evidente que cualquier retraso en el proceso no supone la realización de una conducta típica. En primer lugar, el retraso ha de surtir efecto respecto del momento de la imposición de la pena (77) y, además, este retraso ha de ser contrario a derecho. Un retraso en el proceso será contrario a derecho cuando exceda de los límites que se concede al derecho de defensa (78). Para ello será necesario examinar, en el caso concreto, si, dadas las circunstancias, el retraso en la imposición de la pena o en la ejecución de la condena lesiona la eficacia de la prevención general. Desde el punto de vista cuantitativo, el primer problema lo suscita el hecho de que no es posible decidir, con carácter general, qué cantidad matemática de tiempo constituye lo que se ha llamado *tiempo considerable* (79). Es decir, cuál es el lapso de tiempo

(75) En Alemania, donde se impone la pena de días-multa atendiendo a la posición económica del procesado, se considera también como resultado de frustración de la pena cuando se procuran pruebas falsas sobre los ingresos, vid. Stree, «Schönke-Schröder, 23.ª ed., § 258, n.º 16.

(76) Este problema ha sido largamente discutido en Alemania, vid. Vormbaum, «Der strafrechtlich Schutz des Strafurteils», 1987, pp. 394 y ss; Rudolphi, *JuS*, 1979, pp. 859 y ss., sin que, sin embargo, se haya llegado a resultados completamente satisfactorios. Se está de acuerdo en que el retraso en un *tiempo considerable* —*geraumte Zeit*—, es un resultado típico del delito de *frustración de la pena*, pero las posturas se enfrentan en el momento de determinar cuando es *considerable* el tiempo.

(77) En este sentido, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 16.

(78) Sobre la naturaleza y alcance del derecho de defensa, vid. Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, pp. 170-190.

(79) En Alemania existen sentencias contradictorias; así, por ejemplo, según el GBH, *NJW*, 1959, p. 495, no se produce el resultado por un retraso en la indagación de

que se considera suficiente para afirmar la existencia de un resultado típico de frustración de la pena. En relación con el retraso en el tiempo en la ejecución de la condena de privación de libertad, la doctrina alemana (80), está de acuerdo en afirmar que se produce siempre que el autor del hecho previo comete un delito en ese lapso de tiempo. Sin embargo, tampoco en relación con los *retrasos* en la ejecución de la condena existe acuerdo sobre cuándo, en los otros casos, se entiende que el tiempo transcurrido en libertad es *considerable* (81). Lo esencial es, en este punto, que el sujeto salga del ámbito de la custodia estatal, siendo irrelevante la *cantidad* de tiempo transcurrido (82). En general, tanto respecto de la frustración del proceso como de la ejecución, lo único que se puede afirmar *a priori* es que, desde el momento en que se *inicia* el *retrao*, en la imposición de la pena o en la ejecución de ésta, comienza *ya* el problema del límite (83). En España, esta discusión puede parecer pura ciencia ficción cuando estamos *acostumbrados* a retrasos no de días sino de años. Sin embargo, ello no justifica el rechazo de una disposición de tal índole, sino que, por el contrario, la existencia de esta criticable situación hace más necesaria una norma de este tipo. Ello no es óbice para que, en base a la *costumbre al retraso* en los procesos penales, institucionalizada en nuestro país, no se podrá considerar infringida la finalidad preventiva por un retraso de días sino de meses y, sucesivamente, en tanto en cuanto mejore la situación de la justicia, de semanas...

4.5. El hecho de que el delito de quebrantamiento de condena se conciba con una *finalidad de protección de la eficacia preventivo-general de la pena* tiene también consecuencias a la hora de realizar el juicio sobre el injusto típico de la conducta. Para que una conducta sea típica ha de ser idónea para lesionar la eficacia preventivo general de la pena. La constatación de la existencia de un riesgo típicament relevante en la conducta del sujeto se prueba a través de lo que he denominado primer juicio de atribución (84). Para la realización de este juicio son de utilidad algunos principios regulativos, como el

seis días; Stuttgart, *NJW*, 1976, p. 2084, considera suficiente para afirmar la realización del resultado cuando se hace factible al autor un vuelo al extranjero y éste retorna voluntariamente a los diez días.

(80) Kusch, *NStZ*, 1985, p. 390.

(81) Frisch, *NJW*, 1983, p. 2474, afirma que un retraso de dos días en la ejecución de la condena no es suficiente para la consumación; Kusch, *NStZ*, 1985, p. 390, afirma, por el contrario, que un día de retraso es suficiente para la consumación.

(82) En este sentido, Zielinski, *AK*, § 120 StGB, n.º 2 d).

(83) En este sentido, Lenckner, «Gedächtnisschrift-H. Schröder», p. 346 y n.º 21, el inicio del límite surge cuando se retrasa horas.

(84) Sobre el concepto y contenido de este «primer juicio de imputación», como presupuesto de la imputación objetiva», vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», Barcelona, 1989, pp. 335 y ss.

riesgo permitido y la adecuación social (85), que sirven como criterios de interpretación sobre la naturaleza típica de la conducta. El riesgo permitido o la adecuación social sirven como criterio restrictivo respecto del carácter típico de una conducta, en tanto que idónea para lesionar la eficacia preventivo general de la pena. En cada caso será necesario examinar si, pese a la apariencia de tipicidad de un determinado comportamiento, éste se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido o de la adecuación social (86). Respecto a la prueba de la relación de riesgo entre la conducta y el resultado, o imputación objetiva en sentido estricto (87), la utilización del criterio de la finalidad de protección de la norma infringida vuelve de nuevo la vista al bien jurídico protegido por la norma conculcada. Serán, imputables, por tanto, únicamente aquellos resultados que la norma tuviese como finalidad evitar (88).

4.6. En consideración a la finalidad de prevención general que se predica de los delitos de *frustración de la pena* —entendidos como frustración de la imposición de la pena o de su ejecución— es posible hacer depender, en cierta medida, la medida de la pena prevista para el delito de frustración de la pena. En la determinación de la pena se ha de tener en cuenta la gravedad del hecho previo, respecto del cuál se ha realizado la conducta de frustración de la pena. La gravedad de la infracción de la eficacia preventivo-general de la pena es distinta según se frustre, por ejemplo, la imposición o ejecución de la pena por un delito de hurto o por un asesinato. En esta dirección, en Alemania en el delito de frustración de la pena, § 258 StGB, se prevé una cláusula de medición de la pena en su pár. 3). Esta cláusula establece un *límite* a la pena prevista para el delito de frustración, en el sentido de que ésta no podrá ser superior a la prevista para el hecho previo. Otro aspecto de la situación de dependencia relativa respecto al hecho previo está en relación con la necesaria existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable de un autor. La *relatividad* de la dependencia llega hasta el punto de que la doctrina alemana (89), entiende que no es necesaria la comprobación de la existencia de un hecho previo determinado, siendo suficiente la prueba de la existencia de uno de los posibles hechos que sea merecedor de una pena o medida. En estos casos, para el límite de la pena previsto en el apartado 3) del § 258 StGB, se tendrá en consideración el hecho castigado con una

(85) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 296 y ss., sobre el significado de los principios del riesgo permitido y la adecuación social.

(86) Vid. *Infra*, 7.

(87) Sobre estos términos, vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 434 y ss.

(88) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 561 y ss.

(89) Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 10.

pena menor. Esta dependencia, relativa, del hecho previo, no se contradice con la pretensión de este trabajo de dotar de un contenido propio de antijuricidad al delito de frustración de la pena y afirmar su naturaleza de delito autónomo (90). La autonomía de la *frustración de la pena* es consecuencia de que ésta, al igual que el encubrimiento, tiene un objeto de protección específico y un marco penal propio.

5. CONSTITUCION Y LEY GENERAL PENITENCIARIA: SU REPERCUSION EN RELACION CON LA AUTOFRUSTRACION DE LA PENA: DIVERSOS PROBLEMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION. LA RELACION DE PARENTESCO ANTE ESTE TIPO

5.1. Desde una concepción *no limitada* de la prevención general estaría indicado castigar los supuestos de frustración de la pena, *también* cuando éstos son realizados por el autor del hecho previo, es decir, por el procesado o condenado. No obstante, es de todos conocida la necesidad, puesta de manifiesto por la doctrina, de limitar la prevención general para no caer en el *terror penal* (91). La conveniencia de una restricción no puede predicarse, exclusivamente, respecto de la prevención general negativa (92), sino que afecta también a la prevención general positiva. El inexcusable acotamiento de la prevención general positiva ha conducido a la distinción entre la prevención general positiva fundamentadora y limitadora (93). Es evidente la *utilidad*, al menos a corto plazo, del castigo del procesado o condenado que frustra la imposición o la ejecución de la pena. Para lograr, en mayor medida, la eficacia de la función de prevención general del Derecho Penal estas conductas deberían de estar tipificadas. sin embargo, como hemos avanzado (94), la Constitución que, como con-

(90) En este sentido, Herzberg, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», GA, 1971, pp. 1-12, en particular, p. 3, afirma que la existencia de un hecho penal previo no es un obstáculo para considerar el encubrimiento como delito autónomo.

(91) Cfr. Mir Puig, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», ADPCP, 1986, pp. 49-58.

(92) Sobre la tendencia al terror penal de la prevención general negativa, vid. Roxin, «Culpabilidad y prevención» (trad. Muñoz Conde), Madrid, 1981, pp. 102 y ss. y 183.

(93) Esta necesidad se ha puesto de relieve especialmente tras la aparición del Tratado de Derecho Penal de Jakobs en 1983. Los peligros que conlleva su concepción de la prevención general como fundamentadora de la intervención penal fueron puestos en evidencia por Baratta, «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», CPC, 24, 1984, pp. 541-549, y, en particular, p. 545.

(94) Vid. *Supra*, 2.8 y 3.5-3.7.

secuencia de la consagración de un Estado social y democrático de derecho, permite justificar la función de prevención del Derecho Penal, contiene, al mismo tiempo, otros principios que obligan a fijar unos límites a la protección de esta finalidad preventiva de la pena (95). La declaración de inviolabilidad de los derechos inherentes a la dignidad humana condiciona la consideración jurídica de la conducta del sujeto que frustra o intenta frustrar su *propia* pena. El condenado o procesado que persigue *frustrar* la imposición o ejecución de la pena está tratando de realizar un derecho fundamental protegido constitucionalmente, que, además tiene su raíz en el Derecho natural (96).

5.2. Una concepción de la prevención general puramente intimidatoria conduce a la conveniencia de castigar las conductas de *autofrustración*, tal y como afirmábamos en el apartado anterior. Sin embargo, desde una concepción de la prevención general positiva limitadora, como protección efectiva de la conciencia social de la norma, llegamos a una solución contraria. La atipicidad de la conducta de frustración llevada a cabo por el autor del hecho previo es la conclusión a que se llega desde esa postura en base a que *la sociedad no espera de él que se conforme con la imposición o ejecución de la pena*. Entra dentro del curso natural de los hechos que el procesado o condenado trate de obstaculizar la imposición o ejecución de la pena por lo que esa clase de conductas no afectan a la *conciencia social* de la norma a la que hacíamos referencia. El injusto, en cuanto lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, supone un ataque a la libertad ajena (97). Si la esencia de la infracción del Derecho es un ataque a la libertad ajena, el conflicto es evidente cuando se realiza un comportamiento que supone un ataque a la libertad ajena para lograr la propia (98). Estamos frente a una situación análoga a la que se suscita en el delito de detenciones ilegales, con la diferencia de que en éste se hace referencia únicamente a la libertad deambulatoria (99). Córdoba (100), en relación con el delito de detenciones ilegales, pone de

(95) Sobre estos límites, vid. *Supra*, 3.5 a 3.7.

(96) En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo imperial alemán, RGSt, 63, 233, fundamenta la impunidad del propio favorecimiento en el reconocimiento del derecho natural del derecho del autor penal a la *autofrustración*.

(97) La libertad carece de contenido sino se pone en relación inmediata con una serie de derechos intereses que permiten su ejercicio, sobre ello, vid. Vives Antón, *Comentarios*, T. I, pp. 23-25.

(98) Entendida la libertad en un sentido amplio de *dignidad humana*, vid. *Supra*, 3.5, y en particular, notas 53 y 54.

(99) Sobre la libertad deambulatoria, vid. Córdoba Roda, «El delito de detenciones ilegales», *ADPCP*, 1964, pp. 383-404, en particular, pp. 390-392; sobre otros posibles contenidos de la libertad, vid. Vives Antón, *Comentarios*, T. I. pp. 21-24 y 37-44.

(100) *ADPCP*, 1964, p. 392.

manifiesto como *cualquier privación de libertad está necesitada de justificación*, por plantear un conflicto de intereses.

5.3. La atipicidad, de *lege ferenda*, de la conducta del sujeto que durante la ejecución de una pena privativa de libertad quebranta su condena, ha sido propuesta desde el siglo pasado por la doctrina española (101). Estructuralmente el prisionero está situado en una situación análoga a la de la legítima defensa o el estado de necesidad (102). Lo mismo es aplicable a las otras modalidades de pena, puesto que todas ellas suponen un mal que se infringe al sujeto y un ataque a la libertad entendida como posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, como estado de necesidad no se justificaría nunca la conducta por la naturaleza de *mal* que amenaza al sujeto: el cumplimiento de una condena legítimamente impuesta. Hay un cierto consenso doctrinal en afirmar, respecto de la naturaleza del *mal* propio del estado de necesidad, que éste *no ha de poder valorarse positivamente por el derecho* (103). Ello no es óbice para que, bajo determinadas condiciones, se puedan suscitar problemas de estado de necesidad, en sentido estricto. El estado actual de las cárceles, con los problemas derivados de la superpoblación —agresiones físicas y sexuales— y, el más grave aún, que ha surgido en la actualidad, como consecuencia del gran número de presos que son portadores de SIDA o de hepatitis B (104), determina que con el cumplimiento de la condena de privación de libertad se esté infringiendo un castigo que va más allá de lo legalmente previsto (105). Esto se pone en evidencia cuando se afirma que los principios inspiradores de la legislación penitenciaria son el respeto a la dignidad humana y el desarrollo de los reclusos (106). En estos casos el *mal* que amenaza no es ya el intrínseco al castigo que supone una sanción

(101) Vid. *Supra*, 1.4.

(102) En este sentido, Zielinski, *AK*, § 120, n.º 2.

(103) En este sentido, Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., pp. 492-493. El mismo problema se suscitaba de pretender aplicar la legítima defensa por no concurrir el requisito esencial de la agresión ilegítima.

(104) En Alemania estos problemas ya están llegando a los Tribunales, precisamente en relación con delitos de quebrantamiento de condena, así, por ejemplo, LG Ellwangen, 24-2-1988, *NSrZ*, 1988, pp. 330-331. En España, se han planteado ya estos problemas ante los Tribunales, pero no se ha aceptado ni estado de necesidad completo ni incompleto. Así, por ejemplo, STS 16-11-1990, en la que se recurre contra una condena por quebrantamiento de condena, alegando estado de necesidad, en base a las condiciones de higiene y salubridad del Depósito carcelario de Alcoy.

(105) Son imaginales, igualmente, otros supuestos de estado de necesidad, como puede ser, por ejemplo, libertar a algunos presos para terminar con una toma de rehenes, vid. Eser, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 120, n.º 4.

(106) Mapelli Caffarena, «Principios fundamentales del sistema penitenciario español», Barcelona, 1983, p. 292, que entiende que la misión más importante del sistema penitenciario es preservar la dignidad del recluso.

penal sino otro distinto que afecta a la vida y a la integridad física del recluso. Por tanto, en estos casos, sí que es posible acudir a los criterios generales del estado de necesidad. Estamos frente a una problemática diferente a la que hemos desarrollado, en este trabajo, para fundamentar la *atipicidad* de la *autofrustración* (107). Se trata aquí de un problema de justificación, *stricto sensu*, que puede conducir a excluir la antijuricidad de conductas de frustración de la pena realizadas por personas distintas del condenado, en virtud de la figura del auxilio necesario. La atipicidad de la *autofrustración* se deriva de: 1.º) la preponderancia del derecho del individuo a la dignidad humana respecto de cualquier otro interés de la comunidad, y 2.º) del hecho de que la *autofrustración* no lesiona la función de prevención general limitadora del Derecho Penal. Esta fundamentación de la atipicidad de la *autofrustración* conlleva que sólo pueda afectar, en principio (108), al propio procesado o condenado, excepto que concurren los requisitos de una causa de justificación, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto de darse un peligro inminente de contraer el SIDA. Una situación de esa clase justificaría, por auxilio necesario, no sólo la conducta del condenado, que sería atípica, sino también la del sujeto o sujetos que induzcan o cooperen a su puesta en libertad. Por último, añadir que respecto a las conductas de *autofrustración* de la pena en el momento de la ejecución existen otros medios para castigarlas. En los supuestos en que ésta se produce respecto de una condena de privación de libertad existen otras sanciones previstas en el Código Penal, como es la imposibilidad de redención de penas por el trabajo, artículo 100, 1.º del Código Penal, y en la Ley General Penitenciaria, entre las que se encuentran la pérdida de beneficios penitenciarios (109). La posibilidad de sancionar la frustración de la ejecución de una pena no se limita a los supuestos de quebrantamiento de una condena privativa de libertad (110). Encontramos otra clase de sanciones, por ejemplo, en el Código de Circulación donde se castiga la conducción sin permiso de conducir (111) o en los supuestos de inhabilitación, en los cuales, el sujeto que infringe una pena de esta clase, puede ser condenado por un delito de intrusismo o de usurpación de funciones.

(107) Vid. *Supra*, 2.8.

(108) Decimos *en principio* por las limitaciones que es posible proponer respecto de los parientes.

(109) Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 730.

(110) En otro sentido, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1153, proponen distinguir entre penas privativas de libertad y de derechos por no afectarles a las segundas el *bis in idem* que suponen las sanciones penitenciarias.

(111) Con independencia que antes también se castigaba penalmente esta conducta. En el Anteproyecto de 1991, se propone de nuevo su penalización en el art. 602, dentro de las faltas contra el orden público.

5.4. Los motivos aducidos en el apartado anterior hacen referencia especialmente a la *autofrustración* de la ejecución de la pena. Respecto a la fundamentación de la *atipicidad* de la *autofrustración*, en relación con el momento de la imposición de la pena, es decir, de la *frustración del proceso*, existen también razones específicas. En este primer momento, la atipicidad viene avalada por los amplios límites que alcanza la defensa por parte del acusado (112). La amplitud, que la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorgan al *derecho de defensa* es consecuencia de que este derecho es la manifestación de una reacción natural de todo individuo consistente en repeler cualquier agresión (113). Se ha dicho que el procesado tiene derecho a defenderse por el silencio e, incluso, por la vía de ocultarse a la acción de la justicia provocando la rebeldía (114). Los derechos a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables están previstos, de modo específico, en el artículo 24, 2.º de la Constitución respecto de cualquier procesado (115) y en la LECr., por Ley Orgánica de 12 de diciembre de 1983, en el artículo 520, 2.º. Respecto al *derecho a mentir*, pese a que la Constitución no dice nada al respecto y el artículo 387 LECr. parece excluirlo, no existe ninguna norma que castigue esta conducta. Por el contrario, los artículos 420 y 715 LECr. prescriben que los testigos han de comparecer y decir la verdad, por lo que si incumplen estas obligaciones pueden ser procesados por delito de desobediencia a la autoridad o por falso testimonio (116). Un significado análogo tiene el derecho a *no confesarse culpable*, por parte del acusado. Para «no declarar contra sí mismos», tal y como se recoge en el artículo 520, 2.º LECr., según el sentido y contenido de la pregunta, muchas veces no es suficiente con callar sino que se debe de faltar expresamente a la verdad. A lo anterior, hay que añadir, por último, la relativa importancia que tiene en el proceso penal la confesión del acusado (117). En consecuencia, parece que nuestro derecho positivo está de acuerdo con la propuesta que realizamos, de tipificar las conductas de *frustración del proceso* únicamente respecto de los sujetos distintos del procesado. La incomparecencia de un testigo o la mentira de éste pueden constituir modalidades típicas de lo que aquí

(112) Vid. *Supra*, 2.8.

(113) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 171.

(114) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 172.

(115) Como pone de relieve Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 185, que advierte como en el art. 17, 3.º de la Constitución el *derecho al silencio* se refiere exclusivamente a los detenidos, mientras que aquí hace referencia al *derecho a no declararse culpable* de cualquier procesado, aun cuando no esté detenido.

(116) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 186.

(117) Art. 406 LECr., «[...] la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia de delito».

denominamos *frustración de la pena*. Por el contrario, esas mismas conductas realizadas por el procesado son atípicas.

5.5. Al afirmar la convenciencia, de *lege ferenda*, de la atipicidad de las conductas de *autofrustración de la pena* no se puede desconocer que, en la práctica generalidad de los casos, es el propio procesado o condenado el primer interesado en la realización de esos comportamientos. Ello conlleva que, en numerosos supuestos, la pertenencia o dominio del hecho (118) recae sobre el propio condenado o procesado, mientras que la conducta de los otros sujetos intervinientes está revestida de las características propias de la participación. Ello unido al principio de accesoriedad limitada de la participación conlleva que, según cómo se proponga la regulación del delito de frustración de la pena, éste puede quedar sin contenido en la práctica. La regulación alemana de la *frustración de la pena* —*Strafvereitelung*— en el § 258, StGB ha dado lugar a innumerables controversias doctrinales (119), por las dificultades que la redacción de este precepto suscita para poder castigar al sujeto que participa en una *autofrustración*. La actual redacción del § 258 StGB determina que pueda considerarse como interpretación contraria a la ley el castigo de un sujeto, que induce o coopera con el procesado o condenado, como autor del tipo de frustración de la pena (120). Es decir, cuando el *autor*, según los criterios generales de autoría, del delito de frustración de la pena, es el propio condenado o procesado, los demás deberían de quedar impunes, en virtud del principio de accesoriedad limitada en la participación. Otro sector doctrinal, sin embargo, de acuerdo con una interpretación histórica sobre la voluntad del legislador, al reformar el § 258 StGB, afirma que el actual tipo de frustración de la pena debe de entenderse como *causación de un resultado de ayuda* (121). Más exactamente, se trata de tipificar, en un mismo nivel, las modalidades delictivas de autoría, inducción o cooperación necesaria respecto del tipo de frustración de la pena. La anterior configuración de la frustración de la pena como un tipo de participación necesaria (122), susci-

(118) No entraremos aquí en el concepto de autor que se considera preferible pues ello excede con mucho los límites de este trabajo.

(119) Entre otras, vid. Wolter, «Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung», *JuS*, 1982, pp. 343 y ss.; Herzberg, *GA*, 1971, pp. 1-12; Frisch, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsverweigerung», *NJW*, 1983, pp. 2471 y ss.

(120) En este sentido, Rudolphi, *JR*, 1984, p. 339; el mismo, «Fest-Kleinknecht», p. 392; Samson, *SK*, 4.ª ed., Frankfurt, 1985-6, § 258, n.º 45, que consideran que pese a tratarse de una laguna no deseada, ésta debe de ser rellenada por el legislador, no por una interpretación de esta clase.

(121) Küpper, *GA*, 1987, p. 393.

(122) Lo que en España se conoce, tradicionalmente, como delitos de encuentro. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los delitos de encuentro, en este tipo el sujeto pasivo no es el procesado o condenado y, éste puede incluso no intervenir.

taba, sin embargo, otros problemas. La dificultad surgía respecto de la Jurisprudencia, que entiende que en la participación necesaria el interviniente necesario, en este caso el autor del hecho previo, era punible cuando inducía o cooperaba de forma que excediera de su papel (123) (124). Puede entenderse, por tanto, que la nueva redacción del § 258 StGB tiene como finalidad evitar esta interpretación. La fundamentación que hemos desarrollado respecto de la atipicidad de la *autofrustración* determina que no tenga sentido que pueda castigarse como participe a quien se considera que no debe de castigarse como autor. Por consiguiente, el tipo de frustración de la pena debería tener una estructura similar al de inducción y auxilio al suicidio, elevando a la categoría de autoría formas de participación, al configurar como delito autónomo determinadas modalidades de participación (125).

5.6. La atipicidad de la *autofrustración*, puede dar lugar a que en algunos supuestos los otros sujetos intervinientes no lleguen a realizar el tipo se frustración pese a cooperar en la conducta del autor previo y pese a que se configure la frustración de la pena como delito autónomo, en el sentido que proponíamos en el apartado anterior. De este modo, se puede entender que aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto se puede calificar como cooperación mínima, de mero apoyo o fortalecimiento, con el autor previo, ésta será impune (126). Por el contrario, cuando al conducta del sujeto supere esta cooperación mínima, estaremos ante una frustración de la pena punible, en grado de consumación o tentativa, según el autor previo consiga o no la frustración del castigo (127). Se trata pues, de llevar a cabo una interpretación teleológica del tipo que permita distinguir los hechos que supongan una autoría punible de frustración de la pena de aquellos que son participación impune a una *autofrustración* del proceso o de la ejecución (128). Esta interpretación restrictiva del tipo pretende limitar la calificación de autor del tipo de frustración de la pena a aquellos suje-

(123) Sin embargo, tras la reforma de enero de 1974, la doctrina mayoritaria, entiende que no es así, por todos, Küpper, *GA*, 1987, p. 394, de lo que se derivan los problemas cuando el *autor* de la frustración, según las reglas generales de autoría, es el propio procesado o condenado.

(124) En contra de esta interpretación doctrinal, entre otros, Wolter, *JuS*, 1982, p. 349; Herzberg, *GA*, 1971, pp. 3-4; Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 33.

(125) En este sentido, respecto de la inducción y auxilio al suicidio, Cobo-Carbo-nell, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., p. 542; Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.^a ed., p. 68. La diferencia estribaría, en que en este caso no se distinguirían los supuestos de participación, *stricto sensu*, de los de «auxilio ejecutivo» o de «homicidio consentido», como sucede respecto del suicidio.

(126) Sobre el concepto de cooperación mínima, vid. Wolter, *JuS*, 1982, pp. 343 y ss.

(127) En este sentido, Frisch, *NJW*, 1983, p. 2472; Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 33.

(128) Lackner, *StGB Kommentar*, 16.^a ed., München, 1985, § 258, 2 b).

tos que realicen una conducta calificable, al menos, como de cooperación necesaria o de inducción, excluyendo las de complicidad.

5.7. Resta por mencionar otro problema que suscita la atipicidad de la *autofrustración de la pena*. La dificultad surge en aquellos supuestos en los que el procesado o condenado realiza una conducta, que junto a procurar su impunidad o liberación, sirve para lograr la impunidad o la liberación de otro. ¿Debe de quedar esta conducta también impune o tiene que castigarse como frustración de la pena respecto del otro sujeto? En este aspecto, la doctrina, distingue entre los supuestos en los que la impunidad o liberación de otro sujeto se produce *con ocasión* de la propia impunidad o liberación, de aquellos otros en los que éstas se producen *con motivo* de la *autofrustración* (129). En el segundo caso, *con motivo*, se trataría de supuestos en los que el sujeto instiga o coopera a la liberación de la cárcel o a la frustración de la pena de otro, para conseguir sustraerse él mismo del castigo (130). En este caso, en base a consideraciones sobre la finalidad de protección de la norma infringida es posible abogar por la impunidad (131). Se trata, en realidad, de supuestos que podrían calificarse de coautoría en una *autofrustración de la pena recíproca* y como autores, ambos de su propia frustración, impunes. Por el contrario, cuando la frustración de la pena de un tercero, se produzca *con ocasión* de la *autofrustración* de la pena, ésta será punible (132). Se entiende que la conducta de frustración de la pena de un tercero es únicamente «con ocasión» de la *autofrustración* y no «con motivo» cuando con la conducta de favorecimiento al tercero no se consigue ninguna mejora respecto de la propia frustración (133). La ayuda a la frustración ajena sucede, generalmente, *con ocasión* de la propia frustración, no «en ejercicio» y con «el fin» de la *autofrustración*. Estos comportamientos no están comprendidos por el significado de los motivos que fundamentaban la atipicidad de la *autofrustración*. La

(129) Sobre esta distinción, con ejemplos de una y otra clase de cooperación, vid. Wolter, *JuS*, 1982, pp. 344 y ss.

(130) Un ejemplo, de estos supuestos lo tenemos en la OLG Oldenburg, *NJW*, 1958, p. 1598, en la cual los presos G y B realizan de acuerdo su plan de huida. B se debería de poner de pie en el hombro de G y así treparía por encima del muro. Luego B ayudaba a subir a G al muro y de esta forma saltar ambos el muro y huir.

(131) En este sentido, Roxin, *LK, StGB Kommentar*, 10.^a ed., Berlin-New York, 1985, ante § 26, n.º 34; en sentido similar, Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 35, que entienden que será impune tanto si la ayuda a tercero es un medio o una consecuencia de la propia frustración.

(132) En este sentido, Wolter, *JuS*, 1982, p. 346.

(133) En este sentido, Schröder, *OLG Celle 7-4-1960, JZ*, 1961, p. 265, comenta una sentencia del *OLG Celle NJW*, 1961, p. 183, en la que el prisionero se procura la llave de la celda y en su huida abre la celda de su compañero de prisión B, para hacerle posible una huida común.

conducta de ayuda a un tercero «con motivo» de la *autofrustración*, por un lado, *no* suscita un conflicto de intereses en relación con la dignidad humana del sujeto y, por otro, sí infringe las necesidades preventivo-generales de la imposición o ejecución de la pena, puesto que en este caso la sociedad *sí espera* que el sujeto no pretenda la impunidad o liberación de otros (134).

5.8. A la cláusula que, en Alemania, prescribe la impunidad de la frustración de la pena, cuando la conducta típica se realiza a favor de un pariente, se le otorga el carácter de causa de exclusión personal de la pena (135). Se considera, sin embargo, que la naturaleza de estos supuestos es análoga al estado de necesidad exculpante, que tiene eficacia en el ámbito de la culpabilidad (136). Se trata, por tanto, de un problema de no exigibilidad de una conducta distinta (137) (138). La consideración de la impunidad de los parientes, en tanto que causa de exclusión de la culpabilidad, determina que para que surta efecto es necesario que el sujeto conozca que el autor previo, a quien ayuda en la *frustración de la pena*, es un pariente (139). No es suficiente que se dé el dato objetivo de que el sujeto a quien se frustra la pena sea un pariente (140). La doctrina tradicional española (141), entendía que la razón de la impunidad del encubrimiento entre parientes tenía su fundamento en la «ley natural» o en las «leyes de la naturaleza» (142). La

(134) Vid. *Supra*, 5.2.

(135) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 39; Herzberg, *GA*, 1971, p. 10, creo que muy certeramente, entiende que por su naturaleza esta cláusula se fundamenta en el principio de inexigibilidad, es decir, es una causa de exclusión de la culpabilidad, a la que la ley trata como excusa absolutoria.

(136) En Alemania es impune la frustración de la pena de un pariente, de acuerdo con el pár. 6 del § 258 StGB; en Italia, art. 348, pár. 1.º, Code Penale, el parentesco es una causa especial de impunidad común a todos los delitos contra la Administración de Justicia, que incluyen también un parentesco.

(137) Herzberg, *GA*, 1971, p. 10, entiende que el privilegio que se concede a los parientes del autor previo en el encubrimiento y en la frustración de la pena se debe a razones de inexigibilidad. En el mismo sentido, Cobo-Vives, «Derecho Penal. Parte general», 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 526, respecto del art. 18 CP.

(138) La doctrina tradicional española había considerado siempre la cláusula de impunidad del encubrimiento de parientes como una excusa absolutoria, sin embargo, en la actualidad, tanto la *jurisprudencia* como la *doctrina mayoritaria* la consideran como causa de inexigibilidad. Sobre las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, vid. Conde-Pumpido Ferreiro, «Encubrimiento de parientes», *Comentarios a la legislación penal*, T. V., vol. 1.º, pp. 343-347.

(139) Samson, *SK*, 4.ª ed., § 258, n.º 55.

(140) En este sentido, sin embargo, Lackner, *StGBK*, 16.ª ed., § 258, n.º 8.

(141) Sobre esta doctrina, vid. Conde-Pumpido Ferreiro, *Comentarios*, T. V, vol. 1.º, pp. 341-343.

(142) Sobre las distintas argumentaciones que la doctrina española ha propuesto para fundamentar la impunidad del encubrimiento entre parientes, vid. Bajo Fernández, «El parentesco en el Derecho Penal», Barcelona, 1973, pp. 207-224.

no exigibilidad de otra conducta se fundamenta en la existencia de lazos afectivos, con lo que, en principio, se tendría que estar al caso concreto para determinar si existe *efectivamente* una relación de afectividad y, en consecuencia, la situación de inexigibilidad. La inexigibilidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, obliga a valorar en el caso concreto las circunstancias en que ha actuado el sujeto. No obstante, Rodríguez Mourullo (143), entiende que es «perfectamente posible reconocer que el artículo 18 del Código Penal se inspira en al no exigibilidad y atribuir, sin embargo, a la exención en él consagrada el carácter de excusa absolutoria y no de causa de inculpabilidad» (144).

5.9. Respecto a los motivos por los que el derecho positivo configura esta cláusula de forma objetiva, como presunción *iures et de iure* de la existencia de una causa de no exigibilidad (145), es especialmente atractiva la tesis de Bajo Fernández (146). Este autor entiende que la naturaleza objetiva de esta cláusula, como excusa absolutoria, se debe a que el legislador no pretende tener en cuenta los lazos de afectividad entre parientes, sino fomentar el deber de solidaridad humana. Desde esta perspectiva, el fundamento de la atipicidad de la *frustración de la pena* entre parientes se encontraría en una situación de *conflicto de intereses*. Por un lado, el interés, específico del tipo de frustración de la pena, en evitar la solidaridad de terceros con el procesado o condenado y, por otro, este deber de solidaridad humana que el derecho pretende fomentar. Sin embargo, actualmente, la doctrina rechaza que sea función del Derecho Penal moderno el fomentar valores éticos y afirma que su función ha de ser, exclusivamente, la de proteger bienes jurídicos. Pese a todo, de acuerdo con el derecho positivo, no puede olvidarse que tanto en el Código Penal como en la Constitución y en la LECr. se toma en consideración la relación de parentesco, en relación con situaciones que afectan al contenido del tipo de frustración de la pena (147).

5.10. Dada la estrecha relación existente entre el encubrimiento y la frustración de la pena, el parentesco, en principio, debería afectar a

(143) En Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, T. I, pp. 944-945.

(144) Es decir, la misma argumentación de Herzberg, *GA*, 1971, p. 10 (nota 135), daba respecto de la cláusula prevista en el tipo de frustración de la pena.

(145) Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, T. I, p. 945.

(146) *El parentesco...*, pp. 217-219.

(147) En España, el art. 18 CP regula la impunidad para los encubridores del cónyuge o de persona ligada con análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza o afines en los mismos grados; en la Constitución, art. 24, párr. último se prevé la posibilidad de que la relación de parentesco afecte a la actividad de los parientes en relación con el proceso y en la LECr., art. 261 se exime del deber de denunciar a los parientes.

la consideración que la ley deba de tener respecto de las conductas de frustración realizadas por los parientes del autor previo. Abona esta afirmación el dato de que en el Proyecto de Código Penal de 1980, se prevé una atenuación cualificada de la pena para los supuestos en que el favorecimiento de la evasión de un preso lo realice uno de los parientes enumerados a propósito del encubrimiento. En la misma dirección, adquiere especial relevancia el artículo 24 pár. último, de la Constitución, que establece que la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Este *derecho al secreto* se recoge en la LECr., en el sentido, de no obligar ni a denunciar, ni a comparecer ante el juez, ni a declarar. Sin embargo, sea cual sea el alcance que se conceda a este derecho al secreto, no creo que pueda fundamentarse, a partir de él, un derecho a mentir, como si sucedía respecto del propio procesado (148). Sin embargo, una cláusula, que considere una excusa absolutoria la relación de parentesco, con el consiguiente carácter objetivo que ello conlleva, no me parece lo más adecuado. Repugna a la idea de justicia que se considere impune la conducta del sujeto que proporciona un escondite a un preso evadido a cambio de una cantidad de dinero, porque éste sea su hermano, mientras que se castigue esta misma conducta cuando se hace por estrictas razones de amistad, sin que medie relación de parentesco alguna (149). Ello no obsta, para que la existencia de una relación de parentesco pueda surtir efecto en el caso concreto. En el juicio sobre lo injusto de la conducta se deberá de tomar en consideración, por ejemplo, el derecho al secreto prescrito en la LECr. Del mismo modo, es posible fundamentar la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, por inexigibilidad de otra conducta, en base, precisamente, a esa relación de parentesco. Y, desde luego, en todo caso, es posible atenuar la responsabilidad a través de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del Código Penal. Si además de lo anterior es conveniente arbitrar una atenuante cualificada específica para el tipo de frustración de la pena, es algo que puede tomarse en consideración (150).

5.11. En el pár. último del artículo 24 de la Constitución se da un tratamiento unitario respecto de los parientes y el abogado defen-

(148) En este sentido, Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 190, entiende que, aun cuando el pariente tiene derecho a no declarar, si decide prestar declaración, rige para él la obligación de veracidad, pudiendo incurrir, por tanto, en un delito de falso testimonio.

(149) En este caso, no podría fundamentarse la impunidad ni tan siquiera en el supuesto de «análoga relación de parentesco», previsto para el encubrimiento, art. 18 CP, ya que ésta hace referencia a situaciones de vida en pareja.

(150) Lo dicho, en relación con la eficacia de la relación de parentesco, respecto de la frustración de la pena, se puede también reconsiderar respecto del encubrimiento.

sor. Sin embargo, dadas su diferente naturaleza jurídica y la distinta situación de ambos frente al proceso determina que no se puedan tratar conjuntamente respecto al problema que nos ocupa: la *frustración de la pena*. En primer lugar, señalar que la situación privilegiada del abogado sólo afecta al momento del proceso, no al de la ejecución, a diferencia de los parientes cuyo beneficio tiene efectos tanto respecto del proceso como de la ejecución. Respecto del abogado, no estamos frente a una causa de no exigibilidad sino frente a un aspecto del ejercicio del derecho a la defensa. No puede olvidarse que en el proceso penal la función del abogado presenta un marcado carácter público y está subordinada al interés superior de la Justicia (151). El abogado tiene que mantener su actuación dentro de los límites señalados por los medios procesales permitidos. Por ejemplo, en relación con los *retrasos* en el proceso, que como dijimos pueden constituir un supuesto de *frustración* de la pena (152), el abogado puede retardar el juicio con una solicitud de prueba o interponiendo otro medio jurídico, aun cuando no tenga ninguna posibilidad de éxito, pero no puede obstaculizar el proceso con medios inadecuados (153). Todo encubrimiento de la situación y toda obstaculización ilícita del proceso por parte del abogado defensor puede dar lugar a la realización del tipo de *frustración* de la pena. En Alemania, se califican como tales, por ejemplo: el realizar declaraciones falsas, por sí mismo o por medio de testigos ya decididos a realizar perjurio (154); fortalecer la voluntad de los testigos para realizar una declaración falsa; utilizar engaño o coacción con los testigos; hacer propias declaraciones falsas del acusado y presentarlas como verdaderas; esconder pruebas o suprimir una pieza probatoria... En este sentido, en el proyecto de Código Penal de 1980, en el artículo 513, se tipificaba «la destrucción, inutilización u ocultación, cometida por abogado o procurador, de documentos o actuaciones...». Esta regulación casuística de las posibles conductas de obstrucción del proceso por parte de los abogados determina que no se tengan en consideración «[...] otros posibles comportamientos profesionales tendentes a entorpecer maliciosamente la actividad de los Tribunales» (155). En resumen, pues, pese a la referencia conjunta que realiza la Constitución a los parientes y el abogado, el único aspecto que tienen en común es el *derecho al secreto*

(151) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 171.

(152) Vid. *Supra*, 3.6 y 4.4.

(153) Sobre los límites del ejercicio del abogado penal, vid. Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 20, así, por ejemplo, según la sentencia BGH 10, 393, se puede recusar a un testigo pese a que este testifique correctamente o provocar la retirada de una querrela criminal con dinero.

(154) Vorbaum, «Der strafrechtliche Schutz», p. 421, con referencias jurisprudenciales.

(155) En este sentido, la crítica de Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 198.

entendido como no obligación de declarar hechos o datos que únicamente conocen por su especial relación con el procesado. En todos los demás aspectos, el abogado no sólo está obligado a no entorpecer ilícitamente el proceso sino que, además, tiene un especial deber de actuar.

6. NUEVAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS LARGAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: LA APARICION DE NUEVAS MODALIDADES DELICTIVAS DE FRUSTRACION DE LA PENA. EN PARTICULAR, PROBLEMATICA SUSCITADA POR LOS ARRESTOS DE FIN DE SEMANA, LOS PERMISOS Y VACACIONES, LA PRISION ABIERTA Y LA PENA DE MULTA

6.1. Al inicio del trabajo advertíamos como la actual configuración de los tipos de evasión de presos y de infidelidad en la custodia de presos no son adecuadas a las nuevas modalidades de penas (156). La regulación existente puede dar lugar al surgimiento de innumerables lagunas frente a la nuevas situaciones surgidas tras la reforma penitenciaria como consecuencia de la aparición de penas sustitutivas de la de privación de libertad. En Alemania, por estos problemas, se propone la supresión del § 120 StGB que contempla la evasión de la cárcel, por considerar que se trata de un tipo que ha quedado obsoleto (157). La razón básica para rechazar la actual redacción de los artículos 336 y 362-363 del Código Penal, que regulan la evasión de presos y la infidelidad en la custodia de presos, es que están pensados para proteger la *custodia* de los presos (158). Por custodia no es posible entender otra cosa que la posibilidad de impedir la huida del prisionero de una forma física (159), pues sólo en esos casos subsiste la custodia administrativa. Al

(156) Vid. *Supra*, 1.7.

(157) Así, por ejemplo, Zielinski, *AK*, § 120, n.º 1; en sentido similar, Küpper, *GA*, 1987, p. 385, que advierte como tras la reforma de enero de 1974, se suprime el § 346 a) StGB, que era un tipo semejante al de infidelidad en la custodia de presos, y su contenido, pasa al § 258 a), como tipo agravado de la frustración de la pena, para los supuestos en que el autor sea un funcionario; análogo, Schröder, en «Maurach-Schröder», *Strafrecht Besonderer Teil*, II, 6.ª ed., 1981, p. 320, entiende que con ello, junto a la eliminación del § 120 StGB, terminará «la triste historia de la frustración de la pena».

(158) Vid Kusch, «Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagen Lockerungen», *NSiZ*, 1985, p. 385, advierte como el fin de la prisión, entendida en el sentido tradicional, ha de llevar consigo la necesidad de arbitrar nuevas formas de protección de la ejecución de la condena.

(159) Vid. Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1164, hace referencia a la STS de 24 de mayo de 1967, en la cual se definen los términos «conducción y custodia», como «[...] situaciones de guarda del sentenciado o preso en cualquier lugar». La referencia a «lugar» refleja como la idea de «custodia» va unida a un espacio físico determinado.

hacer referencia, en el artículo 336 del Código Penal, a la conducta de «extraer», se pone de nuevo el acento en la idea de «extraer de las cárceles o de los establecimientos penales» (160).

6.2. El problema estriba en la imposibilidad de calificar determinados hechos como quebrantamiento de condena en base a la falta de la situación de «custodia» que pueda infringirse. Esta dificultad se suscita, especialmente, respecto de los arrestos de fin de semana, los permisos y vacaciones y los sistemas de cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen de prisión abierta... Suponen, sin duda, analogía contra reo, aquellas interpretaciones que ensanchan el significado del término *custodia* de modo que abarca a todas las situaciones en las que el preso está en el lugar en que tendría que estar, rompiéndose, únicamente, la situación de custodia cuando no es así (161). En consecuencia, so pena de caer en analogía contra reo, si tras un permiso o unas vacaciones, o incluso después de trabajar fuera, el sujeto no vuelve al establecimiento penitenciario, o, en el caso del arresto de fin de semana, sino se reintegra a la cárcel al llegar el sábado, no se puede hablar de realización del tipo de evasión de presos, ni de infidelidad en la custodia. En España, el problema no se ha suscitado, porque la redacción del artículo 334 del Código Penal, permite, en todo caso, castigar al preso por quebrantamiento de condena. Quebrantamiento de condena es toda conducta «[...] en virtud de la cual del sujeto condenado incumple la ejecución de la pena impuesta» (162). Por pena se entiende no sólo la privativa de libertad, sino también las restrictivas de libertad y las privativas de derechos (163). Pese a que en el artículo 334 del Código Penal, no se excluye expresamente ninguna clase de pena, se ha comprendido que éste no rige para la pena de muerte, de privación de la nacionalidad española (164), reprensiones, multa, caución y pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (165).

6.3. Creo necesario, en este punto, hacer dos puntualizaciones. La exposición anterior permite poner de manifiesto que, con nuestro derecho

(160) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1178.

(161) En este sentido la interpretación de Eser, «Schönke-Schröder», 21.^a ed., § 120, n.º 6; sin embargo, en la 23.^a ed., § 120, n.º 6, se retrae de dicha afirmación, y sigue a la doctrina mayoritaria, que entiende que no se realiza el tipo del § 120 cuando el preso no vuelve tras un permiso.

(162) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1166.

(163) En este sentido, Quintero Olivares, *RJCat.*, 1980, p. 203, entiende que la supresión de la mención al quebranto de la pena de privación de permiso de conducir no significa que sea atípica, sino el reconocimiento de que la actual fórmula es redundante.

(164) Este podría ser el sentido que habría que darle al controvertido artículo, que se propuso en el Proyecto de Código Penal de 1980, de «entrada indebida en territorio español».

(165) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1168.

positivo, en la actualidad, en la mayoría de supuestos de frustración de la ejecución de una pena —quebrantamiento de condena— sólo se puede castigar por frustración de la ejecución de una pena al propio condenado. Esto se agudizará en el futuro, en tanto se produzcan menos modalidades delictivas incursas en la tipicidad de la evasión o infidelidad en al custodia de presos, en base a las nuevas formas de cumplimiento de las penas privativas de libertad y al hecho de que ganen terreno las penas alternativas a éstas. La doctrina española, ha criticado la existencia del tipo de quebrantamiento de condena, precisamente por recaer sobre el propio sujeto al que se impone la condena (166), mientras que, por el contrario, estas críticas no afectan a los tipos de evasión e infidelidad. Sin embargo, como advertíamos en el apartado anterior, con las nuevas modalidades de cumplimiento de la condena privativa de libertad, previstas en la Ley General Penitenciaria, el castigo sólo puede recaer sobre el propio condenado. No puede hablarse ni de evasión de presos ni de infidelidad en la custodia de presos cuando el favorecimiento del incumplimiento de la condena se produzca en una situación en la cual el sujeto no está bajo custodia: permisos, vacaciones, trabajo fuera de la cárcel, arresto domiciliario... Del mismo modo, estos tipos no son de aplicación cuando se favorece el quebrantamiento o, mejor dicho, la frustración de una pena no privativa de libertad. En consecuencia, respecto de la frustración de determinadas penas no privativas de libertad sólo se puede castigar al condenado y, en el supuesto de la frustración de otras, como la pecuniarias, la conducta de favorecimiento queda necesariamente impune.

6.4. En el apartado 6.3., veíamos que la doctrina entiende que quedan excluidas del artículo 334 del Código Penal los supuestos en que se infringe el cumplimiento de las penas pecuniarias: la multa, la caución y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (167). Respecto a la multa, hay que tomar en consideración que la tendencia de la moderna política-criminal persigue potenciar la pena de multa en detrimento de las penas privativas de libertad (168). Si la pena de multa se erige en uno de los puntales del sistema de penas será necesario arbitrar una serie de medidas tendentes a proteger su eficacia. Entre ellas podría estar la de castigar las conductas que frustran la efectividad sancionadora de su cumplimiento, es decir, que suponen una forma de realización del tipo de frustración de la pena. Se ha considerado como supuesto de realización de una frustración del proceso, respecto de la pena de multa, la conducta del sujeto que procura datos falsos que prueban que el pro-

(166) Por todos, Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1164.

(167) Respecto de la pena de muerte, pérdida de la nacionalidad española y reprensión, su mismo significado impide que puedan ser quebrantadas.

(168) Mir Puig, *Rev. del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-febrero, 1987, pp. 57-61, donde pone de relieve la actual tendencia legislativa a sustituir las penas cortas privativas de libertad por pena de multa.

cesado tiene un salario diario inferior al real que conlleva la aplicación, por el Juez, de una pena de multa como si el procesado tuviera unos ingresos mínimos o la ocultación de propiedades del sujeto para impedir la ejecución de la pena de multa o facilitar informes falsos para facilitar el pago aplazado... (169). En todos los casos anteriores, la pena de multa pierde, en todo o en parte, su naturaleza sancionatoria, puesto que supone para el condenado una carga mucho menor de la prevista por la ley.

6.5. Un supuesto límite se suscita respecto de la conducta del sujeto que paga la multa en sustitución del condenado. En Alemania, este comportamiento se ha calificado como supuesto de realización del tipo de frustración de la ejecución de una pena de multa (170). El fundamento de esta calificación estriba en el hecho de que las sanciones penales tienen una naturaleza de responsabilidad personal. Por consiguiente, la multa, en cuanto pena, tiene que significar una carga —castigo— personal respecto del procesado (171). El pago de la multa tiene la naturaleza de ejecución o cumplimiento de una pena. Uno de los inconvenientes que la doctrina ha puesto de manifiesto, respecto de la pena de multa es, precisamente, que «[...] la multa se satisface, en muchas ocasiones, por familiares o terceros, lo que pugna en cierto modo con el carácter personal de la multa» (172). La propuesta, de *lege ferenda*, de poder castigar el pago por terceros sería un paliativo para este problema. Es, sin embargo, diferente la consideración que debe de recibir el pago por un tercero de los perjuicios o de la responsabilidad civil, ya que en estos casos no estamos frente al cumplimiento de una sanción penal sino frente a un resarcimiento por daños y perjuicios, de naturaleza civil. En relación con el comiso la situación es, en cierta medida, similar a la anterior. La similitud es doble, por un lado su naturaleza de pena pecuniaria, aun cuando en este caso sea siempre pena accesoria, y, por otro, la importancia, que el comiso tiene en la actualidad, en relación con la lucha contra el tráfico de drogas (173). Conse-

(169) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 16.

(170) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 28; Hillenkamp, «Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe. Fest-Lackner», Berlin, 1987, p. 466; Lackner, *StGB K*, 16.ª ed., § 258, n.º 2 c); en contra de la punición de esta conducta, Samson, *SK*, 4.ª ed., § 258, n.º 35.

(171) Expresión del carácter personal de la pena de multa es la existencia de la figura del arresto sustitutorio del art. 91 CP, para los supuestos de incumplimiento de una pena de multa.

(172) Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., p. 803; en sentido similar, Cobo-Vives, *DP, PG*, 2.ª ed., p. 583, que ponen de relieve la falta de efectos preventivos de la multa por la posibilidad de práctica impunidad en los casos de insolvencia real o provocada.

(173) Art. 344 bis b) CP que prevé el comiso de «[...] cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b)...». Establece, además, este artículo, en su segundo párrafo, una cláusula de garantía para lograr la efectividad del comiso.

cuentemente, con el paralelismo existente entre ambos institutos, se ha calificado como frustración de la ejecución de una pena de comiso el comportamiento del sujeto que hace desaparecer objetos destinados al comiso (174).

6.6. En esta rápida reseña de los distintos problemas que han surgido y, que se incrementarán, como consecuencia de los nuevos sistemas de cumplimiento de las penas privativas de libertad y de la importancia que van adquiriendo otras modalidades de penas, no puede faltar la referencia al significado penal de la concesión de permisos o vacaciones de forma ilícita o errónea (175). La situación de quebrantamiento de una condena, como consecuencia de la concesión de un permiso, se ha suscitado en España, en los últimos años, en supuestos que han alcanzado gran notoriedad (176). En otros casos, que hasta el momento no habían trascendido con igual intensidad a la opinión pública, el condenado con permiso, ha cometido nuevos delitos durante el transcurso del permiso (177) (178). El tipo que, de *lege lata*, es aplicable en estos supuestos, en relación con el juez o funcionario que concedió este beneficio, siempre que existieran irregularidades al dictar el auto o resolución administrativa, es el de prevaricación. Ello, con independencia del castigo por quebrantamiento de condena que recae sobre el huido, lo cual se rechaza en este trabajo de *lege ferenda* (179). Sin embargo, siguiendo la propuesta objeto de este trabajo, la posibilidad de *lege lata*, de castigar estas conductas como prevaricación, no obsta a considerar más adecuada, de *lega*

(174) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 28.

(175) En Alemania este problema ha alcanzado gran popularidad como consecuencia de que en abril de 1981 un psiquiatra concedió un permiso a un sujeto, condenado como autor de diversos delitos sexuales, y éste al salir de la cárcel cometió tres delitos sexuales más, sentencia del LG Göttingen en *NSiZ*, 1985, p. 410.

(176) Entre ellos está el supuesto de la «dulce Neus» o el del ultra Hellín, condenado por el asesinato de Yolanda. La primera huyó a América del Sur, aprovechando el régimen de prisión abierta que se la había concedido y el segundo un permiso.

(177) En febrero de 1991, ha saltado a la opinión pública el caso de un juez, Manuel Sánchez Rodríguez, titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santa Cruz de Tenerife, que concedió permiso al preso Dámaro Rodríguez Martín, condenado por asesinato y considerado muy peligroso, contra la opinión del fiscal, que se ha evadido y que al parecer ha causado la muerte de dos ancianos.

(178) En Alemania, en estos casos, se plantea la posibilidad de castigar, como autor mediato por imprudencia, de los delitos cometidos por el condenado, al médico o al juez que concedió el permiso de forma irregular, sobre ello, vid. Schaffstein, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteten für den Mißbrauch von Vollzugslockerung», *Fest-Lackner*, Berlin, 1987, pp. 795 y ss; Kusch, *NSiZ*, 1985, pp. 392-393.

(179) Ello no obsta a la posibilidad de aplicar al huido sanciones penitenciarias, a que la huida se tome en consideración respecto de la concesión de nuevos beneficios y, por supuesto, de que, en su caso, el sujeto sea condenado por los nuevos delitos cometidos.

ferenda, la calificación de los hechos, en su caso, como frustración de la ejecución de la pena (180).

6.7. La cuestión, tanto dogmática como práctica, que se suscita es la de determinar cuándo la concesión de un permiso —igualmente si se trata de vacaciones, régimen de prisión abierta...— realiza, de lege ferenda, un tipo de frustración de la pena o, de lege lata, de prevaricación. En el artículo 47 LGP, se prevén los supuestos en que se puede conceder un permiso. Con independencia de los supuestos tasados del pár. 1, en el pár. 2.º se condiciona la concesión del permiso al informe del equipo técnico. Aun cuando, la concesión del permiso es función del Juez de Vigilancia, artículo 76.2.º i) LGP, éste puede y debe fundamentar la autorización en el informe de un equipo técnico (181). Ello suscita un problema adicional para calificar los hechos como prevaricación, en el supuesto de que la causa de la concesión del beneficio sea un informe técnico manipulado o incorrecto (182). En estos casos, si la persona que ha realizado el informe no es un funcionario sino, por ejemplo, un médico, no cabe calificar su conducta como prevaricación, por ser ésta un delito de especial propio. El informe ha de consistir en una prognosis de la conducta del sujeto durante el permiso, en el mismo sentido que la concesión de la libertad condicional, de acuerdo con el artículo 98, 4.º del Código Penal, se condiciona a un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad. Para la concesión del permiso, se deberá tener en cuenta la probabilidad de que el sujeto quebrante la condena o cometa nuevos delitos (183). Se trata, en todo caso, de un juicio de prognosis, y, como tal, existe siempre el riesgo de que se produzca una huida o la comisión de nuevos delitos. Por consiguiente, la legalidad de la decisión no depende de si el preso realmente huye o comete nuevos delitos, por ser esto algo constatable únicamente *ex post*. Pese a la huida o la comisión de nuevos delitos, será

(180) En sentido similar, desde otra perspectiva, Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 427, considera que las infracciones de deberes profesionales detalladas en los artículos 351 a 361, «[...] por su diversidad son muy difíciles de compendiar en un concepto unitario, como difícil e inadecuado es tratarlas conjuntamente».

(181) Según el art. 43, 2.ª del Reglamento Penitenciario, se hace depender la concesión del régimen de prisión abierta, de la «[...] evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad. En los casos que por la personalidad del sujeto ello no sea posible, será «[...] el Equipo de Tratamiento o, si no lo hubiere, la Junta de Régimen y Administración dictaminará el tipo de vida aplicable al interno..., decidiendo la posibilidad de salidas al exterior y de los permisos de fin de semana...». Igualmente, en el art. 254, 2.º RP, se regula la necesidad de un informe del Equipo Técnico para conceder los permisos de salida.

(182) En el caso que mencionábamos en la nota 169, la concesión del permiso fue consecuencia de un informe del médico y fue a éste a quien se procesó.

(183) De acuerdo con el art. 254, 2.º RP; en el mismo sentido, en Alemania, el § 11, II, StWollzG, establece que los permisos sólo pueden concederse cuando «[...] no se tema ni una huida ni la comisión de nuevos delitos».

lícita la autorización siempre que se fundamente en todo lo conocido sobre la personalidad del preso y sobre los hechos típicos por él cometidos, atendiendo a los conceptos de huida y del peligro de comisión.

6.8. Respecto de la prevaricación es indiferente que el sujeto huya o cometa nuevos delitos, por tratarse de delitos de mera actividad en los que el tipo se consume en el momento en que se dicta la sentencia, auto o resolución injusta. La decisión sobre si la concesión del permiso realiza un tipo de prevaricación o no, depende, únicamente, de una valoración sobre la justicia de la resolución (184). Sin embargo, respecto de la frustración de la pena, para que se realice el injusto típico, lo relevante no es la justicia o injusticia de la resolución. Un permiso, supondría la comisión de un delito de frustración de la pena, cuando con su concesión se cree un riesgo no permitido de que el condenado cometa nuevos delitos o quebrante la condena (185). El riesgo es no permitido cuando, en base a los datos que se tienen sobre el condenado (186), se sobrepasa el peligro inherente, pero permitido, de toda concesión de un permiso. Junto a este juicio *ex ante*, sobre la realización del injusto típico, para la consumación de la frustración de la pena, hay que efectuar un segundo juicio *ex post* sobre si realmente se ha producido un resultado de frustración de la ejecución de la pena. Este resultado ha de consistir en la efectiva puesta en peligro de la sociedad —comisión de nuevos delitos— o en un retraso, en la vuelta al cumplimiento de la condena que afecte a la función preventivo-general de la pena (187).

7. DELIMITACION DE LOS TIPOS DE ACUERDO CON LOS CRITERIOS GENERALES DE IMPUTACION OBJETIVA. EL TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL REPERCUSION RESPECTO A LOS TIPOS CUALIFICADOS DE FUNCIONARIOS

7.1. La delimitación del tipo no puede, ni debe, de ser efectuada por el legislador, sino que ha de ser consecuencia de un juicio valora-

(184) Sobre la determinación del carácter de *injusta* de una resolución, en la prevaricación, vid. Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 749; Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 429.

(185) En este sentido, Schaffstein, *Fest-Lackner*, pp. 807, afirma que el riesgo creado por el médico era no permitido porque éste conocía la gran probabilidad que existía de que con la concesión del permiso el sujeto cometiera nuevos delitos.

(186) En el caso referido, en nota 169, los datos, que revestían del carácter de no permitido al riesgo creado por el psiquiatra al conceder el permiso, eran que el sujeto cuando estaba bebido tenía problemas sexuales que no podía controlar y el médico sabía que en las últimas salidas había vuelto muy bebido.

(187) Con ejemplos sobre cuando se considera que se ha producido este resultado, vid. Lenckner, «*Gedächtnisschrift für H. Schröder*, p. 345; Frisch, *NJW*, 1983, p. 2474; Kusch, *NSiZ*, 1985, pp. 389-390.

tivo sobre el injusto típico del comportamiento del sujeto, en el caso concreto. El criterio rector para determinar si una conducta realiza o no el injusto típico ha de ser el de la finalidad de protección de la norma. En este punto adquiere toda su importancia la elaboración anterior sobre el contenido material del tipo de frustración de la pena. Sólo conociendo cuál es la finalidad de protección de la norma infringida podemos llevar a efecto adecuadamente este juicio valorativo y teleológico sobre la tipicidad de una conducta (188). La norma que, de lege ferenda, tipificaría la frustración de la pena, tendría la finalidad de proteger la eficacia de la función preventivo-general del Derecho Penal (189). El cumplimiento de esta norma penal depende de que se atienda a una serie de normas de cuidado (190), dirigidas a evitar la solidaridad de terceros con el procesado o condenado (191). Como ya se ha dicho, la tarea de proteger la eficacia preventivo-general de las penas, a través de una imposición y ejecución de la pena adecuada, sólo se puede llevar a efecto correctamente si el condenado o procesado no puede contar con la ayuda de terceros para lograr escapar del castigo (192).

7.2. Desde la tesis de la solidaridad, infringen la norma de cuidado los comportamientos que suponen una ayuda para el procesado o condenado y aquellas conductas con las que éste contaba para llevar a efecto la autofrustración. Solidaridad con el procesado y condenado representan todas las ayudas, sin que sea posible excluir ninguna, como no sea en base a la falta de previsibilidad *ex ante* (193). Se ha suscitado, sin embargo, la posibilidad de considerar impunes determinadas conductas de ayuda o solidaridad con el procesado o condenado, por sus especiales características. La discusión ha surgido especialmente en relación con la delimitación de la tipicidad o atipicidad de determinadas conductas como: la concesión de alojamiento a un

(188) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 336 y ss., sobre el contenido y naturaleza de este juicio sobre el injusto típico, como presupuesto de la imputación objetiva.

(189) Vid. *Supra* 3 y 4.

(190) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», p. 571, donde se pone de relieve que pese a que en el caso concreto cuando se habla de finalidad de la norma, se hace referencia a la norma de cuidado, el fin último de esta norma de cuidado es precisamente la finalidad de protección de la norma penal, es decir, evitar que se lesione el bien jurídico protegido por la norma penal.

(191) Sobre el contenido del término *solidaridad*, en relación con los tipos de frustración de la pena, vid. Schumann, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», 1986, pp. 58 y ss.

(192) En tanto en cuanto, en base a distintos principios jurídicos, se afirma la concurrencia de la atipicidad de la *autofrustración*.

(193) Desde esta perspectiva, es cierta la crítica de Küpper, *Ga*, 1987, pp. 390-391, de la tesis de la solidaridad, por entender que no permite distinguir de entre las *ayudas* recibidas por el autor previo, las que realizan el tipo y las que no.

evadido; los cuidados médicos; la venta de alimentos; venta de billetes de tren o avión; reintegro de dinero en la ventanilla de un banco; el pago del salario a un trabajador o su readmisión en el puesto de trabajo... (194). El problema estriba en conseguir unos criterios válidos para delimitar el ámbito de lo punible respecto de estas modalidades de comportamiento (195). El criterio del riesgo permitido puede servir, en estos casos, para restringir el ámbito de lo punible. Ello no significa afirmar que estas conductas entran dentro del riesgo permitido, en cuanto lo estarían respecto de un sujeto que no fuese un procesado o un condenado (196). Del mismo modo, carece de validez la tesis que defiende que son atípicas en cuanto son socialmente adecuadas, puesto que el problema respecto de estas modalidades de comportamiento surge, en tanto en cuanto, conceptualmente son conductas socialmente adecuadas. Sin embargo, estas concepciones del riesgo permitido y de la adecuación son erróneas de base, pues basan la consideración de la conducta como permitida o como adecuada en el hecho de que en abstracto lo son.

7.3. Los criterios del riesgo permitido y de la adecuación carecen totalmente de utilidad si no se opera de acuerdo con todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, incluidos los conocimientos del sujeto (197). Parece evidente que en todos los ejemplos propuestos la atipicidad de la conducta no se discutiría si el sujeto no conociese que aquél a quien cura o a quien vende los alimentos es un procesado o condenado que trata de evadirse de la imposición o de la ejecución de la pena. Sin embargo, a través de la utilización del criterio del riesgo permitido, en el sentido aquí propuesto, es posible llegar a distinguir en qué supuestos sí, y en cuáles no, son típicas las conductas arriba reseñadas. Una u otra solución depende, de forma inmediata, de las circunstancias que concurran en el caso concreto. El comportamiento será atípico, por estar dentro del ámbito del riesgo permitido, cuando no tenga eficacia en relación con la frustración de la pena, es decir, cuando el riesgo creado por la conducta no sea cualitativamente relevante. Estaremos frente a un riesgo relevante y, por tanto, no permitido, cuando la conducta de ayuda mejora la situación del sujeto sobre el que recae. Si examinamos los ejemplos enumerados en el apartado

(194) Küpper, *GA*, 1987, pp. 385-402.

(195) Küpper, *GA*, 1987, pp. 388 y ss., va analizando las distintas propuestas de solución que ha realizado la doctrina alemana. Entre éstas se encuentran: la de la adecuación social, la de la finalidad de protección de la norma; criterios generales de autoría y participación; *conductas especiales Sonderverhalten* —frente al autor penal; criterios subjetivos; manifestación de la voluntad de quebrantamiento.

(196) En este sentido, sin embargo, Frisch, *NJW*, 1983, p. 2473, entiende que son permitidas todas aquellas conductas, que lo serían respecto de un sujeto cualquiera.

(197) Vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 337 y ss., sobre el doble aspecto objetivo-subjetivo del juicio de imputación sobre el injusto típico.

anterior, vemos como en el caso de la concesión de alojamiento, la tipicidad o atipicidad de la conducta dependerá de que éste tenga carácter de «escondrijo» o no. Ello es así porque, sólo en el caso de que la habitación ofrecida tenga carácter de escondite, tendrá la conducta eficacia para obstaculizar la acción de la justicia. El mismo razonamiento podría seguirse respecto de los otros supuestos. No obstante, en el supuesto del médico y de la venta de alimentos, la justificación del comportamiento puede buscarse, también, en un segundo momento, siempre que concurren los requisitos del estado de necesidad.

7.4. La necesidad de tomar en consideración los conocimientos del autor, a que hacíamos referencia en el apartado anterior, no nos dice nada sobre el contenido del tipo subjetivo de la frustración de la pena. Que el sujeto conozca las circunstancias concretas, que concurren en el caso, es un requisito necesario para que pueda hablarse de riesgo no permitido. Sin embargo, pese a que el autor conozca las circunstancias, es posible que falte el dolo, si el sujeto desconoce la eficacia que puede tener su conducta en relación con la frustración de la pena. Para que exista dolo el sujeto debe de ser consciente de que con su conducta obstaculiza la imposición o la ejecución de una pena, aun cuando este conocimiento lo sea en la esfera del profano (198). No es necesario, que el sujeto realice la conducta con la finalidad de frustrar la pena, es decir, para la realización del tipo subjetivo sería suficiente el dolo eventual (199). Una tal configuración del tipo subjetivo de la frustración de la pena viene avalada por razones de política-criminal. La exigencia de dolo directo para el tipo subjetivo de la frustración de la pena, supondría, en la práctica, una casi total ineficacia del tipo. En general, el sujeto que presta ayuda a un condenado o procesado lo hace con la finalidad de solidarizarse con él, ya sea por amistad o por interés, con el hecho de solidarizarse se presupone que se persiguen los mismos fines que el procesado o condenado: impedir la imposición o ejecución de la pena. El conocimiento, por parte del autor, de que su conducta determina la existencia de una gran probabilidad de que se retrase, o se impida, la imposición o la ejecución de la pena, es suficiente para el dolo eventual (200). No es válido, por el contrario, afirmar que quien pretenda retrasar intencionadamente el proceso rea-

(198) La obstaculización del proceso o el quebrantamiento de condena, como contenido de la frustración de la pena, son elementos normativos, por lo que el conocimiento que tenga el sujeto sobre su contenido y significado, es suficiente con que sea el del profano, del mismo nivel social que el autor, vid. Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., p. 259.

(199) En contra de esta opinión, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 22.

(200) En este sentido, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 22, que se muestra partidario de exigir dolo directo, entiende por tal, que el autor conozca la *posibilidad* de que con su conducta se retrase la imposición o ejecución de la pena; en consecuencia, su postura, que en apariencia es más restrictiva que la mía, en la práctica es ampliatoria.

liza siempre el tipo de frustración de la pena (201). La intención del sujeto no puede tener ninguna relevancia penal en tanto en cuanto no se manifieste objetivamente a través de su comportamiento.

7.5. La limitación de los tipos de frustración de la pena a las formas de comisión dolosas parece que, en principio, no plantea dudas. Ello, sin embargo, no es tan evidente en los supuestos en que la conducta la realiza un sujeto que está especialmente obligado a lograr la eficacia preventivo-general de la pena. En Alemania, en el § 258 a) StGB, se prevé un tipo agravado para los funcionarios que actúan dentro del proceso penal o en el cumplimiento de las penas y medidas. Se incluyen entre ellos, los jueces penales, los fiscales, los funcionarios de la Administración de Justicia penal, los funcionarios de la policía judicial... Esta cualificación del tipo no tiene relevancia, únicamente, en cuanto a la elevación de la pena. Junto a la pena agravada, se elimina la cláusula que prevé la impunidad de las conductas realizadas a favor de los parientes y se suprime el límite de punición, que impedía superar la pena prevista para el hecho previo. No se prevé, por el contrario, la punición de las realizaciones imprudentes. Sin embargo, en determinados supuestos, como en la concesión de un permiso erróneo (202), la jurisprudencia alemana, ha calificado, la conducta de la persona que concedió el permiso, como autoría mediata imprudente de los delitos cometidos por el sujeto al que se concedió el permiso (203). Esta discutible actuación no podemos esperar que sea exclusiva de los tribunales alemanes, aun cuando en España pueda tomar otra dirección. Como en otras ocasiones he puesto de manifiesto (204), el Tribunal Supremo, en la distinción entre dolo eventual e imprudencia, se rige, en la práctica por criterios de oportunidad o conveniencia. Con ello, no quiero decir que la oportunidad de prever el castigo de la comisión imprudente de la frustración de la pena sea consecuencia inmediata de esta criticable postura jurisprudencial. Sin embargo, esta posibilidad no puede olvidarse, mucho más frente a un tipo como éste. Sólo hay que examinar la jurisprudencia sobre prevaricación para advertir lo restrictivo que se muestra el Tribunal Supremo en este ámbito. En relación con la prevaricación imprudente los requisitos que exige el Tribunal Supremo para apreciar su comisión están más cercanos a los propios de la comisión

(201) En este sentido, Rudolphi, *JuS*, 1979, p. 862, que entiende que en ese caso el autor se solidariza con el condenado o procesado; ésta es también la solución a que llega, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., n.º 22, vid. *Supra*, nota 189.

(202) Vid. *Supra*, 6.6.

(203) Schaffstein, *Fest-Lackner*, p. 812, en relación con este caso, advierte como el problema de fondo lo suscita la exigencia de dolo, tanto respecto del § 120 StGB, de evasión de la cárcel, como del § 258 y 258 a) StGB, de frustración de la pena.

(204) Corcoy Bidasolo, «En el límite entre el dolo y la imprudencia», *ADPCP*, 1985, pp. 963 y ss.; la misma, «El delito imprudente», pp. 278-279.

dolosa que de la imprudente (205). Otro motivo, de mayor entidad, a favor de la incriminación culposa lo encontramos en el derecho positivo y, en particular, en la regulación de la prevaricación a que aludíamos. La incriminación de la prevaricación culposa no sólo se encuentra en el actual Código Penal, sino que también se preveía en el Proyecto de Código Penal de 1980, artículo 441, sin que ello haya sido objeto de crítica alguna por parte de la doctrina.

8. CONCLUSIONES

1. Lo primero que hay que tratar de evitar, frente a una eventual reelaboración de los delitos contra la Administración de Justicia, y, en particular, de los tipos que afectan específicamente, a la eficacia preventivo-general del Derecho Penal, a través de la frustración del proceso o de la ejecución de la condena, es caer en una técnica legislativa casuística. No es posible, ni conveniente, tratar de llevar al Código todas las posibles modalidades de conducta que pueden tener eficacia para entorpecer la imposición de una pena o la ejecución de una condena. Una tal pretensión está abocada, de antemano al fracaso, por las lagunas que, sin lugar a dudas, provocaría. El Proyecto de Código Penal de 1980 y el Anteproyecto de 1983, son buena muestra de las consecuencias nefastas de esa forma de legislar. Ello se advierte en la superfluidad de algunos tipos y en la falta de regulación de otras formas de conducta que deberían de estar prohibidas.

2. Si no se quiere caer en una crítica análoga a la anterior, tampoco se ha de pretender delimitar las clases de sujetos, que puedan ser autores del tipo. Volviendo al Proyecto de 1980, en el artículo 512, vemos que se hacía referencia a «denunciantes, partes, peritos, intérpretes y testigos» olvidando mencionar a los abogados, procuradores, oficiales del Juzgado... La afirmación anterior no es obstáculo para que pueda y deba prever un tipo agravado, en virtud de los especiales deberes jurídicos de actuar que recaen sobre determinados sujetos, como consecuencia o de su carácter de funcionario o de un especial deber prescrito por la ley. Dentro de este tipo cualificado incurrirían los comportamientos de frustración de la pena realizados por los sujetos especialmente obligados, respecto a la marcha del proceso o del cumplimiento de la pena, en virtud del cargo que ostentan.

3. La propuesta de creación del tipo de frustración de la pena, no se contradice con la posibilidad y, más aún, la necesidad de que conductas como la prevaricación o el falso testimonio sigan siendo

(205) En este sentido, vid. Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., pp. 430-431, con abundantes referencias jurisprudenciales.

típicas. Lo único que se pretende es poner de relieve la importancia de proporcionar un tratamiento conjunto a determinadas conductas, en base a su significado específico en relación con la función del Derecho Penal. Junto a la propuesta de regulación análoga de todas las modalidades de comportamiento que afecten a la eficacia preventivo-general de la pena, parece, asimismo, conveniente diferenciar entre la frustración del proceso y la frustración de la ejecución. La diversidad de algunos principios que rigen en el momento de la imposición de la pena respecto de los que priman durante su ejecución justifican esta diferenciación.

4. El tipo de frustración de la pena se ha de configurar como delito de resultado, de lesión de la eficacia preventivo-general adscrita a la imposición de las penas y medidas. Al dotar de un contenido material al tipo es posible concretar el ámbito de lo punible sin necesidad de acudir a una técnica legislativa casuística. Con ello no se pretende afirmar que una tal configuración no suscitaría problemas. Una de las dificultades puede surgir en relación con el momento de la consumación, en los supuestos en que la conducta no frustra totalmente la pena. La entidad que deba de tener la diferencia entre la pena impuesta y la que en realidad correspondía o el tiempo que se considere suficiente para que un retraso en la imposición o ejecución de la pena constituyan un resultado de frustración de la pena, es algo que sólo se puede decidir en el caso concreto. A este respecto serán de utilidad los criterios generales de interpretación del tipo: finalidad de protección de la norma, riesgo permitido... El mismo procedimiento se debería seguir en las decisiones sobre el carácter típico de determinadas modalidades de conducta que están en el límite entre el riesgo permitido y no permitido, como el proporcionar hospedaje o curar unas heridas... Igualmente, será a través del juicio sobre el injusto típico, como se deberá decidir sobre si la concesión errónea de un permiso de fin de semana o de un régimen de prisión abierta realiza el tipo de frustración de la pena.

5. Los argumentos esgrimidos a favor de la atipicidad de la autofrustración creo que tienen la suficiente entidad como para justificarla. Las razones que se pueden aducir con miras a defender el castigo de la *autofrustración*, en base a que, por motivaciones de política-criminal, pudiera parecer más oportuno no llegar tan lejos en la desincriminación, tienen, por el contrario, un fundamento más aparente que real. Esto es así, básicamente, por tres motivos: 1.º) el descubrimiento, por parte de la Administración de Justicia, de la existencia de una autofrustración tiene siempre consecuencias negativas para el sujeto, por lo que no parece ya tan conveniente añadirle otro castigo; 2.º) a su vez, estos efectos contrarios a la persona que realiza la autofrustración debilitan el presunto carácter lesivo de esta conducta, en relación con la eficacia preventivo-general de la pena; 3.º) esta presunta

lesión de la finalidad preventivo-general del Derecho Penal, se encuentra, asimismo, desvalorada por el hecho de que la sociedad no espera que el procesado o condenado se conforme con el castigo.

6. La previsión de una cláusula que determine la impunidad de la comisión de un delito de frustración de la pena, cuando la conducta típica se realiza a favor de un pariente, no creo que esté justificada de una forma plenamente evidente. La presunción *iures et de iure* de inexigibilidad a favor del sujeto que persigue su propia impunidad, que fundamenta la atipicidad de su conducta, no puede trasladarse, sin más consideraciones, a los parientes. No siendo función del Derecho Penal fomentar las relaciones familiares o, lo que es lo mismo, la solidaridad entre parientes, el Derecho no está obligado, ni debe de presumir la existencia de lazos de afectividad entre estos. Por consiguiente, en el caso de las relaciones de parentesco, la inexigibilidad deberá probarse en el caso concreto. De este modo, el parentesco podrá mostrar su eficacia en todos los niveles: injusto típico, antijuricidad o culpabilidad, al ser tenido en consideración en el juicio de valoración que se realice respecto de cada uno de estos niveles de imputación. La relación de parentesco puede determinar que una conducta, por ejemplo, de proporcionar alojamiento, sea riesgo permitido cuando se hace a favor de un pariente y no si esa misma conducta se hubiera realizado a favor de un tercero. A mayor abundamiento, será siempre posible aplicar la atenuante mixta de parentesco o, en su caso, prever una atenuante cualificada específica respecto del tipo de frustración de la pena.

7. La atipicidad de la autofrustración lleva consigo un problema subsidiario que no puede olvidarse en el momento de formular el tipo. Dada la naturaleza de las conductas contempladas en el delito de frustración de la pena, es muy difícil imaginar situaciones en que la conducta se realice en contra de la voluntad del procesado o condenado e, incluso, sin su colaboración. En consecuencia, serán innumerables los supuestos en los que, al ser el procesado o condenado, a su vez «autor» del tipo de frustración, los demás partícipes quedarían impunes en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por consiguiente, es necesario formular el tipo de forma similar a la del delito de inducción y auxilio al suicidio. Sin embargo, la incriminación de conductas de participación como autoría debe de limitarse, en el sentido de que la tipicidad sólo alcance a conductas de autoría, propiamente dicha, inducción y cooperación necesaria y no a las de mera complicidad. En sentido contrario, la atipicidad de la *autofrustración* no debe abarcar aquellos supuestos en los que el sujeto, al mismo tiempo que realiza la *autofrustración* de su pena, frustra también la de otro u otros. La delimitación en este caso, puede lograrse distinguiendo los supuestos en los que la *frustración de la pena de otro* se produce *con motivo* de la *autofrustración*, en cuyo caso será

también atípica, de aquellos otros en los que se causa únicamente *con ocasión* de la *autofrustración*, en los cuales la *frustración de la pena de un tercero* será típica.

8. La autonomía del delito de *frustración de la pena* no queda refutada por la previsión de un límite en la imposición de la pena. Este límite hace referencia a que en la determinación de la pena del delito de *frustración de la pena*, se ha de tomar en consideración la gravedad del castigo previsto para el hecho previo, cuya sanción ha sido frustrada. De este modo, la pena impuesta por el delito de *frustración de la pena* no podrá nunca revestir mayor entidad que la correspondiente al hecho previo. El motivo de esta limitación no está en la dependencia del delito de *frustración* respecto del delito cuya pena ha sido frustrada. El fundamento material de esta cláusula se encuentra en el hecho de que el contenido de injusto es menor frente a la *frustración de una pena*, que debería de imponerse o cumplirse como consecuencia de la comisión de un asesinato, que si la pena frustrada se debía, por ejemplo, a la comisión de un hurto. El motivo por el cual decimos que el injusto es distinto se deriva de que la mayor gravedad del delito, cuya pena se ha frustrado, determina que se produzca una mayor lesión de la eficacia preventivo-general del Derecho Penal y lo mismo a la inversa, a menor gravedad del delito cuya pena sea frustrada menor lesión de la eficacia preventivo-general de la pena.

9. La concurrencia, en determinados sujetos, de una específica situación obligacional respecto del buen funcionamiento del proceso y del correcto cumplimiento de las penas aconseja la creación de un tipo cualificado. Para que concurra el tipo agravado no es suficiente que el sujeto sea funcionario, lo esencial es que la comisión del delito se realice por infracción de los especiales deberes jurídicos de que el sujeto es titular. La cualificación es posible en dos sentidos. Desde la perspectiva de la gravedad de la pena, por un lado, a través de prever una pena mayor y, por otro, suprimiendo el límite que hace referencia a la gravedad del delito al que afecta la conducta de *frustración*. Desde el punto de vista del tipo subjetivo, la existencia de estos deberes jurídicos que recaen en determinados sujetos puede hacer aconsejable el castigo tanto de la comisión dolosa como de la imprudente. En la misma dirección, puede advertirse que la posibilidad de castigar comportamientos omisivos de *frustración de la pena*, afectará especialmente a estos sujetos comprometidos con el funcionamiento de la Administración de Justicia Penal o con los estamentos encargados del cumplimiento de las penas. En determinadas situaciones la existencia de un deber jurídico puede fundamentar, asimismo, la posición de garante del sujeto.