



## DOCTRINA

- El derecho a no saber: fundamento y necesidad de protección penal, por M.<sup>a</sup> TERESA REQUEJO NAVEROS ..... 1
- El artículo 1446 del Código Civil a los ojos del Tribunal Supremo, por VIDAL RIVERA SABATÉS ..... 5
- Educación, derechos y sanción: entre la retribución y la prevención, por FERNANDO FALCÓN Y TELLA ..... 9

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



### LA SENTENCIA DEL DÍA

- (TC Sala Primera) S 20 Dic. 2005. Paralización de una orden europea de detención y entrega por vulneración del derecho fundamental del detenido a la libre designación de abogado ..... 14

## EL DERECHO A NO SABER: FUNDAMENTO Y NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL

Por M.<sup>a</sup> TERESA REQUEJO NAVEROS

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Penal (UCM)

La Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, reconoce en su articulado el derecho del paciente a renunciar a la información relativa a su salud, también denominado derecho a no saber. Frente a otras posibilidades, en la presente investigación el derecho a la intimidad se revela como fundamento del mencionado derecho, siendo preciso determinar, en primer lugar, si el derecho a no saber se halla suficientemente tutelado en nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo término, si, de entenderse procedente su tutela penal, la regulación penal vigente es idónea y/o suficiente para una adecuada protección de aquel derecho. A la indagación de estas cuestiones se dirigen las páginas siguientes.

### I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la relación médico-paciente ha experimentado un profundo cambio caracterizado por el abandono del tradicional principio paternalista que la gobernaba en pro de una relación médico-paciente presidida por el respeto a la autonomía del paciente (1). Junto a la realidad referida han concurrido, además, factores tales como el imparable progreso de la medicina y el desarrollo y uso creciente de las nuevas tecnologías. Todo ello ha conducido a adoptar paulatinamente una mayor conciencia de la necesidad de reconocer y proteger los derechos de los pacientes de una manera efectiva, definiendo de forma clara cuáles son esos derechos, cuál es su contenido y qué tipo de protección se otorga a los mismos. Si bien la Ley General de Sanidad (en adelante LGS) ya reconocía en su art. 10 algunos de estos derechos (2), el paso del tiempo había tomado insuficiente la regulación que de tales derechos realizaba dicha Ley, siendo necesario extender y precisar la protección de los mismos (3).

Asimismo, un reconocimiento extenso de los derechos de los pacientes había sido ya llevado a cabo por distintos instrumentos legales, en concreto, y en el ámbito supranacional, por la Convención del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, cuya entrada en vigor en nuestro país tuvo lugar el 1 de enero de 2000 (4). La ratificación por España de este instrumento legal provocó la necesidad de adaptar la LGS a los postulados de la Convención, pues no sólo había divergencias entre ambos textos, sino que además la Convención reconocía algunos derechos que todavía no

existían en nuestro ordenamiento jurídico, siendo por tanto necesario proceder al refrendo legal de los mismos. En segundo lugar, la ausencia de una legislación estatal suficiente provocó que muchas Comunidades Autónomas empezaran a regular a nivel autonómico todas aquellas cuestiones relativas a los derechos del paciente que no se encontraban reguladas en la LGS, o que lo estaban de forma insuficiente (5). Y por último, existían otras normas estatales, como la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, que regulaba algunas cuestiones aplicables al sector sanitario, en concreto aquellas referentes al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud, conformadores de la información sanitaria (6). En conclusión, la normativa referente a los derechos del paciente se podía calificar de dispersa y en ocasiones discordante, lo que se traducía en la necesidad de integrar, armonizar y completar esta regulación de forma que se diera solución a las nuevas necesidades sociales que se estaban planteando.

En respuesta a esta situación se promulgó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, cuya entrada en vigor tuvo lugar en mayo de 2003 (7). La Exposición de Motivos de la Ley establece que la misma completa las previsiones que la LGS enunció como principios generales, reforzando y dando un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. Por lo tanto, objeto de la misma es, conforme dispone su art. 1, la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

## REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL



Un nuevo foro en materia Concursal

Desde una óptica global, la LDP merece ser valorada positivamente por significar un importante adelanto en el panorama legislativo sanitario español. En este sentido, la LDP es la primera ley sobre los derechos de los pacientes y la información y documentación clínica que se aplica en todo el territorio español. El establecimiento de unas previsiones básicas por parte de la misma permite resolver los problemas derivados de la existencia de regulaciones contradictorias o divergentes, pues toda normativa sobre derechos de los pacientes e información y documentación clínica deberá adaptarse a sus postulados. Ello permitirá que todos los ciudadanos gocen de las mismas garantías, con pleno respeto del principio de igualdad. Además, la Ley responde a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento las disposiciones del CDHB, y a la subsiguiente reforma que de la LGS debía realizarse en este sentido.

## II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Conforme a lo anteriormente apuntado, podemos afirmar que impera en nuestros días una relación médico-paciente regida por el respeto a la autonomía del paciente, realidad que se manifiesta en el reconocimiento de un amplio elenco de derechos a los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios, tal como queda reflejado en las normas promulgadas al efecto. De entre estos derechos, nos interesa mencionar ahora el tándem formado por el derecho a la información y al consentimiento informado. La realización de cualquier proceso asistencial al paciente requiere, primero, que éste haya sido debidamente informado de todos los datos que interesen respecto a su diagnóstico, pronóstico y tratamiento; y, segundo, que una vez recibida dicha información por parte del paciente, consienta en la realización de la actuación médica de que se trate. El derecho a la información del paciente se configura por lo tanto como un

salud del enfermo, sino también, y sobre todo, a aquéllos que se dirigen a asegurar que el paciente pueda decidir libremente si acepta o rechaza determinada actuación asistencial (12).

El derecho a la información encuentra su contrapartida en el derecho a no ser informado, comúnmente denominado derecho a no saber (13). Así, cuando la LDP reconoce en su art. 4.1 el derecho a la información asistencial del paciente, añade que «además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada». La LDP dispone, asimismo, que la renuncia del paciente a la información se haga constar documentalmente, sin que ello obste para la obtención de consentimiento previo para la intervención. No obstante, el art. 9.1 de la citada Ley excepciona el ejercicio de este derecho en los siguientes términos: «la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso» (14). Nos preguntamos si el número y vaguedad de las excepciones al derecho a no saber apuntadas permiten que tal derecho tenga efectividad, pues más bien parece que lo dejan vacío de contenido. Y, como ahora veremos, el derecho a no saber es un derecho de tanta magnitud como pueda serlo el derecho a la confidencialidad en la relación médico-paciente (15), y merece disfrutar de las mismas garantías que éste.

## III. EN TORNO AL DERECHO A NO SABER Y SU FUNDAMENTO

La primera cuestión que hemos de abordar es la de qué interés se protege con la formulación del derecho a no saber, es decir, cuál es su fundamento. Un grupo de autores sostiene que con el derecho a no saber lo que se tutela es la autonomía del individuo, pues implica que los individuos tienen derecho a rechazar información sobre su propio estado de salud. En el caso de revelación no solicitada de informa-

investigación: el de su contenido, distinguiendo entre vertiente negativa y vertiente positiva; y el de sus tipos, clasificando la intimidad en territorial, informacional y decisional. Como veremos, tanto la vertiente positiva de la intimidad como su configuración decisional en ciertos supuestos van a permitir la inclusión del derecho a no saber dentro de este derecho fundamental.

### 1. La doble vertiente del derecho a la intimidad: sus aspectos negativo y positivo

El derecho a la intimidad tiende esencialmente a preservar un ámbito personal del individuo frente injerencias extrañas. Tradicionalmente, para la consecución de este objeto se ha venido predicando un contenido esencialmente negativo en el derecho a la intimidad, consistente en una facultad de exclusión de terceros respecto de determinados aspectos de la vida privada calificados de secretos. En este sentido, el TC, en sentencia 142/1993 considera que «el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos» (19). Y la misma línea argumental mantiene el Alto Tribunal en la sentencia 115/2000, cuando al reconocer la capacidad de cada individuo para determinar la amplitud y contenido del espacio reservado a los demás, sostiene que «y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se deriven de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar» (20).

Sin embargo, en los últimos años, el concepto de intimidad ha evolucionado doctrinal y jurisprudencialmente hasta incluir una dimensión o vertiente positiva consistente en una facultad del individuo de control de la información y los datos que a él se refieren, de forma que sólo puedan ser utilizados conforme a la voluntad de su titular. A esta ampliación del derecho a la intimidad se refiere MORALES PRATS, al considerar del todo inadecuado fundamentar el concepto de intimidad en un anacrónico concepto de libertad negativa, pues la intimidad reviste un valor positivo cuyo contenido no se integra de forma exclusiva por facultades de exclusión de terceros, sino por facultades de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad (21). CARMONA SALGADO afirma, por su parte, que el derecho a la intimidad no es únicamente un derecho de garantía contra la invasión indebida en la esfera de la persona, sino también un derecho del ciudadano a participar y controlar aquellas informaciones que puedan afectarle y respecto de las cuales se encuentre legitimado para decidir sobre la forma y contenido de su divulgación (22).

El TC se refiere también a la dimensión positiva de la intimidad cuando en su sentencia 254/1993 afirma que la garantía de la intimidad adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Y lo mismo en la sentencia 143/1994, conforme a la cual es un hecho que el incremento de medios técnicos de tratamiento de la información pueden ocasionar el efecto de invadir de forma efectiva la esfera privada de los ciudadanos y, correlativamente, se hace precisa la ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento, aun indirecto, que produzca este efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorgue al ciudadano para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho (23).

Si la vertiente positiva de la intimidad implica la superación de la tradicional concepción negativa de la misma como aislamiento y facultad de exclusión

*Desde una óptica global, la LDP merece ser valorada positivamente por significar un importante adelanto en el panorama legislativo sanitario español. En este sentido, la LDP es la primera ley sobre los derechos de los pacientes y la información y documentación clínica que se aplica en todo el territorio español. El establecimiento de unas previsiones básicas por parte de la misma permite resolver los problemas derivados de la existencia de regulaciones contradictorias o divergentes, pues toda normativa sobre derechos de los pacientes e información y documentación clínica deberá adaptarse a sus postulados*

presupuesto ineludible del consentimiento informado y se corresponde con el deber de información por parte del profesional de la medicina (8).

El deber de información se regula en la ya mencionada LDP (9), cuyo art. 4 reconoce el derecho a la información asistencial (10) disponiendo en su párrafo 1 que «los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley». La información habrá de proporcionarse verbalmente, y deberá comprender, como mínimo, la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención (11). El párrafo 2 del citado artículo añade que la información clínica será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. En este sentido, la información no se refiere sólo a aquellos datos que puedan tener relevancia a la hora de asegurar la eficacia del tratamiento y consiguiente mejora de la

ciación, la decisión se está tomando en nombre de la persona afectada, produciendo una clara reducción de su autonomía (16). A esta postura, que sería acorde con la rúbrica de la LDP —reguladora de la autonomía del paciente—, se objeta, no obstante, que lo que ocurre es más bien lo contrario, pues al conllevar la información revelada un incremento de las opciones sobre las que elegir, la decisión que se adopte será más autónoma. Llevada esta crítica al extremo, se sostiene que como la información sobre la salud es esencial para la toma de decisiones y para el respeto a la autonomía del paciente, no puede privarse a éste de la misma y no existirá, por tanto, un derecho a no saber dicha información (17).

Para nosotros, por el contrario, tras el derecho a no saber se encuentra el derecho fundamental a la intimidad (18). Para sustentar esta postura será preciso analizar en el concepto y contenido del derecho a la intimidad. Dada la amplitud de la discusión entablada en torno al mencionado derecho, nos centraremos en los dos aspectos del mismo que sirven a nuestra

de terceros, dicha dimensión positiva supone un plus, pues a esas facultades añade la posibilidad de controlar los propios datos. El titular de la intimidad, por lo tanto, está facultado para decidir qué se hace con sus datos: quién puede acceder a ellos, a quién se pueden transmitir, cómo han de almacenarse, etc. Pues bien, si el individuo puede controlar la información que a él concierne, podrá hacerlo no sólo respecto a terceros, sino también respecto a sí mismo. De la misma forma que una persona puede oponerse a que se transmita información confidencial sobre sí a terceros, también podrá oponerse a recibir esa información que le pertenece. De hecho, un control auténtico incluye la opción de no aceptar la información dentro de la esfera privada de cada uno (24). Si la intimidad es la capacidad de un individuo de controlar su propia información, forzarle a conocer determinados datos en contra de sus deseos es una vulneración de sus derechos igual a la que se produce si esa información se revela a terceros en contra de su voluntad.

## 2. Tipos de intimidad: intimidad territorial, informacional y decisional

Si tomamos como punto de partida la clásica definición del derecho a la intimidad propuesta por el TC, conforme a la cual intimidad es un «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás», podemos aseverar que dos son los tipos de amenazas susceptibles de hacer peligrar la intimidad. La primera de las amenazas hace referencia al conocimiento de los demás y tiene su reflejo en los supuestos de intromisiones informativas respecto a los hechos, datos o aspectos pertenecientes a la vida privada de un individuo. La segunda amenaza se asienta en la acción de los demás y se manifiesta en la intrusión en espacios o zonas reservadas del individuo (25). Sobre la base de esta distinción podemos diferenciar la intimidad informacional y la intimidad territorial (26).

La divergencia entre estos dos tipos de intimidad estriba en su objeto (27). Mientras la intimidad informacional protege las informaciones relativas a la vida privada de las personas, la intimidad territorial protege espacios aislados frente a la intrusión de extraños. En consecuencia, la lesión de estos dos tipos de intimidad es también diversa. La invasión de la intimidad territorial se produce con la mera intrusión o invasión de un espacio o ámbito propio y reservado, sin necesidad de que haya una obtención efectiva de hechos relativos a la vida privada del afectado, pudiendo estar tal intrusión, de hecho, totalmente desconectada de la obtención de información. Por el contrario, la lesión de la intimidad informacional se produce bien con el descubrimiento ilícito de datos de la vida privada de una persona, bien con la divulgación de tales datos, independientemente en este caso de que haya existido o no una obtención intrusiva de la información (28).

Si bien la gran mayoría de sentencias del TC pueden reconducirse a una de las dos nociones referidas —intimidad territorial e intimidad informacional—, no se agota con ello los casos en los que el TC ha considerado vulnerado el derecho a la intimidad. Concretamente, la sentencia 151/1997 parece apuntar hacia un nuevo tipo o manifestación de la intimidad, que denominaremos intimidad decisional (29).

La STC 151/1997 consideró que la imposición de una sanción de separación del servicio a un capitán de Artillería por haber consentido el adulterio de su mujer con un teniente de Infantería vulneraba el derecho a la intimidad (30).

La cuestión principal a la que el mencionado Tribunal tenía que responder era si el consentimiento en el adulterio de la esposa formaba parte del derecho a la intimidad, cuestión a la que respondió de forma afirmativa. Para llegar a esta conclusión, el TC tomó como punto de partida la clásica definición constitucional del derecho a la intimidad como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás». En este sentido, el Tribunal sostuvo que el art. 18 «protege

ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la “acción” ajena» (31). Por lo tanto, el TC interpretó que ese ámbito propio y reservado no se circunscribía a las informaciones relativas a la vida privada susceptibles de lesión a través del conocimiento de otros, sino que también abarcaba la posibilidad misma de adoptar decisiones vitales de carácter privado, siendo éstas el objeto restringido o afectado por la acción de los demás (32). Así, el TC distingue respecto al derecho a la intimidad dos tipos de amenazas: las intromisiones informativas, consistentes en el conocimiento no consentido o la divulgación no querida de hechos o aspectos de la vida privada; y las injerencias, constituidas por una acción cuyo objetivo es la modificación de una pauta de conducta desarrollada en el ámbito de la vida privada (33). En consecuencia, sancionar un comportamiento o decisión de carácter estrictamente personal implica restringir el libre desarrollo de la personalidad y el núcleo decisional del derecho a la intimidad.

Además, las dos vertientes negativa y positiva de la intimidad, a que ya hemos hecho referencia, son acordes con la afirmación de una dimensión decisio-

*Si bien la gran mayoría de sentencias del TC pueden reconducirse a una de las dos nociones referidas —intimidad territorial e intimidad informacional—, no se agota con ello los casos en los que el TC ha considerado vulnerado el derecho a la intimidad. Concretamente, la sentencia 151/1997 parece apuntar hacia un nuevo tipo o manifestación de la intimidad, que denominaremos intimidad decisional*

nal en la intimidad, pues la reserva o control que el individuo ejerce sobre terceros no se refiere sólo al conocimiento de una determinada información, sino también al desenvolvimiento en sí mismo, lo que permite ampliar la protección de la intimidad a otras esferas de la vida privada como puede ser la adopción de decisiones (34).

Sin embargo, el TC no ha reconocido con carácter general la intimidad —concebida como autonomía en la toma de decisiones— como integradora del derecho a desarrollar la propia vida privada. Para MIERES MIERES, motiva esta circunstancia el peso que han tenido los propios precedentes del Tribunal, pues las primeras sentencias del Constitucional sobre el derecho a la intimidad versaban sobre reclamaciones de protección constitucional de la libertad de adoptar decisiones privadas, rechazando en aquel entonces el Tribunal que la autodeterminación individual quedara específicamente protegida por el art. 18.1 (35). Y el resultado no es satisfactorio, pues la autonomía individual en la elección y desarrollo del plan de vida de cada individuo abarca un conjunto de acciones y omisiones posibles que no están específicamente protegidas por los derechos fundamentales. Se trata, como la ha calificado el Tribunal, de una libertad «a secas», esto es, de objeto inespecífico. Pero cuando esa libertad general presenta un punto de conexión fuerte con la vida privada y familiar, la concreta acción u omisión de que se trate quedaría protegida por el derecho a la intimidad (36). En este sentido, este derecho fundamental sería la vía para preservar y garantizar espacios de libertad humana especialmente vulnerables y que no puedan ser encuadrados en las cláusulas más específicas de otros derechos fundamentales. Y el criterio de la conexión fuerte con la vida privada y familiar permite restringir el ámbito de cobertura del derecho de forma que no se solape con el principio general de libertad (37).

## IV. SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A NO SABER Y LA NECESIDAD DE SU TUTELA PENAL

Si, como acabamos de apuntar, el derecho a no saber forma parte del derecho a la intimidad, y con su lesión se vulnera el mencionado derecho fundamental, ¿está el derecho a no saber suficientemente protegido? Más aún, ¿es protección suficiente la otorgada por una Ley de Bases como es la LDP, sobre todo teniendo en cuenta el número de excepciones previstas? La respuesta a nuestro entender ha de ser negativa. Y ello porque si tras el derecho a no saber está el derecho a la intimidad, y la intimidad es un derecho fundamental, la ley que regule tal derecho ha de tener el rango de orgánica, cosa que no ocurre en el presente caso. Y más aún, si la intimidad se protege de forma efectiva en nuestro CP, y la protección penal de la intimidad es adecuada por la cada vez mayor potencialidad de lesión de este derecho (38), ¿no sería adecuado proteger penalmente el derecho a no saber? Porque tan lesivo para la propia intimidad es que se revele a un tercero información confidencial sobre nosotros mismos como que se nos revele información que no deseamos conocer.

Si tras el derecho a no saber se protege la intimidad de las personas, la ubicación correcta del delito

que protegiera esta figura sería entre las conductas que tutelan el mencionado derecho a la intimidad personal y familiar, que, como ya hemos visto, se encuentran recogidas en nuestro CP en el Título X «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», Capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos». Y esto no es actualmente posible. Los delitos contenidos en los arts. 197 y 198 del CP recogen conductas cuyo presupuesto es el apoderamiento ilícito de información, circunstancia que no tiene lugar en el caso que estudiamos. Y en el único precepto donde no se requiere tal apoderamiento ilícito —el del 199 regulador del delito de revelación de secretos—, por consistir en la divulgación de información a la que legítimamente se accede, no es posible insertar la vulneración del derecho a no saber, pues el tipo del 199.2, que recoge la conducta de revelación de secretos por profesional, se refiere de forma expresa al profesional que divulgue *los secretos de otra persona*, y en el supuesto del derecho a no saber los secretos son del mismo sujeto, de forma que la acción de divulgar a una persona secretos sobre sí misma no sería típica. En suma, el derecho a no saber no se haya protegido en nuestro texto penal entre los delitos contra la intimidad personal, siendo deseable que así fuera.

Actualmente, los únicos preceptos del CP a través de los que se podría intentar proteger penalmente el derecho a no saber serían los siguientes. En primer lugar, cuando la recepción por parte del afectado de información no deseada le produjera una enfermedad de carácter psíquico, como puedan ser procesos depresivos o de ansiedad. En este caso podría plantearse la concurrencia de un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1 del CP (39). Entendemos que la causación de la lesión tendría que ser imprudente, pues para apreciar las lesiones dolosas del art. 147 sería preciso que el médico al revelar la información

no deseada tuviera la intención de causar ese resultado lesivo. Las situaciones en las que el médico revelará información no deseada serán generalmente dos: cuando desconozca los deseos de su paciente al respecto, en cuyo caso la revelación sería imprudente; y cuando conociendo el rechazo de su paciente a la información lo haga en el entendimiento de que es en su mejor interés, caso en el que no habría dolo de lesionar, sino más bien al contrario (40).

No obstante, esta explicación no está exenta de problemas. Así pues, no supone una tutela del derecho a no saber en sentido estricto, sino del menoscabo de la salud psíquica provocado por la violación del mismo, de forma que sería preciso que la revelación no deseada causara de forma efectiva un daño psíquico para que interviniera el CP. En este sentido, el derecho a no saber quedaría desprotegido caso de no causarse una lesión en el sentido del CP. No sería por tanto el derecho a la intimidad lo que se protegería, sino la salud psíquica.

Una segunda posibilidad estribaría en ubicar la violación del derecho a no saber entre los delitos contra la libertad (41). Excluyendo los delitos de detención ilegal y secuestro, por tutelar la libertad ambulatoria en cuanto posibilidad del sujeto pasivo de poder fijar libremente su situación en el espacio, nos quedaría la posibilidad de insertar la revelación de información no deseada a su titular en los delitos de amenazas o en los de coacciones, entendiendo que se protege a través de los mismos la libertad de obrar y de querer. La libertad de obrar sería aquella que permite a una persona realizar sus acciones sin que se vean obstaculizadas, y la de querer la que permitiría a un hombre decidir sobre sus acciones presentes o futuras sin que su voluntad estuviera determinada por la de terceros (42). A este respecto, si bien pudiera parecer en principio que es posible insertar el derecho a no saber en esa libertad de obrar y querer, entendemos que ello no es posible, porque la libertad a que se refiere el CP cuando tipifica esta clase de delitos es un tipo de libertad que se reconduce fundamentalmente a una libertad de acción. Si recondujéramos la libertad de obrar y querer a una libertad de decisión en general, también tendrían que conformarse como delitos contra la libertad, los delitos contra la libertad sexual, en los que se actúa en contra de la decisión de la víctima. Y lo mismo respecto a los delitos contra la intimidad, concretamente al delito de revelación de secretos, en el que la conducta de divulgar la información a terceros es contraria a los deseos del sujeto pasivo. Por este motivo, como inmediatamente veremos, la conducta de revelación de información no deseada a su titular no parece encajar en ninguno de los tipos delictivos regulados en este Capítulo del CP.

Con respecto a los delitos de amenazas (43), no resulta posible asimilar la conducta de revelar por parte del médico información íntima de su paciente a éste mismo con la de poner en su conocimiento el anuncio de que se le va a causar un mal, pues la revelación tan sólo supone la transmisión de una información sobre algo que ya se tiene y que no es un nuevo mal que se causa por un tercero. Además, nunca podría apreciarse la presencia del dolo necesario para la realización del tipo, pues, como ya hemos visto, el médico no revelará información no deseada con el fin de que el paciente se vea amenazado y haga algo a cambio.

Y en lo que a las coacciones se refiere, tampoco puede ajustarse la revelación de información no deseada a las conductas sancionadas por el art. 172 de impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a realizar lo que no quiere. En el primer caso, el CP se refiere a situaciones en las que se imposibilita a otro que ejecute una acción que no está jurídicamente prohibida, y el médico no impide que el paciente realice algo por el hecho de revelar información no deseada. Con respecto al segundo supuesto, si bien es cierto que podría pensarse en la concurrencia *prima facie* de la tipicidad del delito de coacciones en su modalidad de «compeler a efectuar lo que no se quiere», pues al paciente se le obliga a escuchar el diagnóstico de su enfermedad, no obstante, la tipicidad decaerá en el supuesto habi-

tual, a más tardar en el análisis del elemento «violencia». En efecto, a pesar de la amplia exégesis que la jurisprudencia viene realizando de tal elemento típico —*vis physica, vis psíquica* y hasta *vis in rebus*—, lo cierto es que apenas si serían imaginables supuestos de revelación violenta de información no deseada.

A la vista de lo expuesto, si bien el derecho a no saber es merecedor de protección penal por tutelar la intimidad en sus vertientes positiva y decisional, el CP no otorga protección a este derecho ni entre los delitos contra la intimidad, que sería su ubicación ideal, ni entre otros tipos delictivos en los que se podría intentar su inserción. Por todo ello, entendemos sería procedente incluir en el marco de los delitos contra la intimidad un tipo que sancionara los supuestos de vulneración de la intimidad decisional de una persona, de forma que tuviera cabida la violación del derecho a no saber.

## Notas

(1) Conforme al principio paternalista, el médico era una especie de tutor de la salud o padre benéfico que, con base en su exclusivo conocimiento científico, actuaba en interés del enfermo tomando en su nombre las decisiones que consideraba oportunas para su tratamiento y asistencia. El paciente, por el contrario, era considerado un incapaz que, al no tener los conocimientos oportunos para comprender su problema, no podía tomar decisiones con respecto a su propia salud, quedando relegado a un plano totalmente secundario. Por lo tanto el paciente no tenía reconocido —era impensable— el elenco de derechos que hoy le otorgan todos los instrumentos legislativos relativos a la salud. Sobre el particular ver ROMERO COLOMA, *La medicina ante los derechos de los pacientes*, Madrid, 2002, págs. 63 y ss.

(2) Así ocurría, entre otros, con el derecho de información, la confidencialidad, la negativa al tratamiento, la elección de médico, etc.

(3) Además no todos los derechos de los pacientes se hallaban reconocidos en la LGS, y los que lo estaban, no siempre se encontraban suficientemente desarrollados. Respecto a estos derechos, entre los que podemos citar, a modo de ejemplo, el consentimiento informado, el derecho de información o las instrucciones previas, la necesidad de actualización de las normas vigentes era acuciente.

(4) El nombre abreviado de dicha Convención es el de Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, en adelante CDHB. También se le conoce como Convenio de Oviedo, por ser ésta la ciudad donde se firmó.

(5) En primer lugar, fue el Parlamento catalán el que aprobó la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. Seguidamente, la comunidad autónoma de Galicia promulgó la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; y poco más tarde le siguió en Navarra, con la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica y la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la comunidad valenciana.

(6) La LOPD otorga a los datos de carácter personal relativos a la salud el carácter de datos especialmente protegidos, en tanto en cuanto se entiende pertenecen al acervo más íntimo del individuo, motivo por el que han de gozar de una protección especial o más intensa. Concretamente, el art. 7.3 de la citada Ley dispone que «los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente». No obstante, la LOPD prevé una serie de excepciones a este tratamiento supuestamente privilegiado. Así, el párrafo 6 del art. 7 establece dos excepciones a esta exigencia y señala que tales datos podrán ser objeto de tratamiento, sin necesidad de disposición legal al respecto ni consentimiento expreso, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. En cuanto a la segunda excepción, el último inciso del art. 7.6 establece que estos datos también podrán ser objeto de tratamiento cuando éste sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento. A este respecto, debemos señalar que la amplitud y ambigüedad de tales excepciones parecen desvirtuar notablemente la protección inicialmente otorgada a los datos de carácter personal relativos a la salud.

(7) En adelante LDP (Ley de los Derechos del Paciente). Nótese que se trata de una Ley de bases, por lo que sus preceptos, para ser efectivos, tendrán que ser desarrollados bien por el Estado, bien por las Comunidades Autónomas. Con respecto a la normativa autonómica ya existente, estas normas, así como las futuras regulaciones autonómicas sobre la materia, tendrán que respetar las disposiciones de aquélla y adaptar sus postulados a la misma. Con más detalle sobre la Ley ver, entre otros, ABEL LLUCH, «El derecho de información sanitaria» en *Diario LA LEY*, núm. 5698, 2003; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 2004, págs.

105 y ss.; DE LORENZO Y MONTERO, *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Madrid, 2003; GONZÁLEZ SALINAS y LIZARRAGA BONELLI (coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*; PLAZA PENADÉS, «La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica» en *Diario Jurídico Aranzadi*, 2003; REQUEJO NAVEROS, «Legal Analysis of the Spanish Basic Law 41/2002 on the Autonomy of the Patient and the Rights and Obligations with Regard to Clinical Information and Documentation», en *European Journal of Health Law*, Vol. 10, 2003; y ROMEO MALANDA, «Un nuevo marco jurídico sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I) y (II)» en *Diario LA LEY*, núms. 5703 y 5704, 2003.

(8) Con detalle sobre el derecho-deber de información ver ABEL LLUCH, *op. cit.*; DE LORENZO Y MONTERO, *op. cit.*, págs. 26 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2003, págs. 76 y ss.; Grupo de Expertos en información y documentación clínica, *Documento final*, Madrid, 1998; ROMEO CASABONA (coord.), *Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 2000, págs. 23 y ss.; y ROMERO COLOMA, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

(9) Incorpora a este respecto la LDP lo dispuesto en el art. 5 del CDHB, que establece la regla general del consentimiento disponiendo que «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento», y sigue «dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias». Por su parte, en el art. 10.2 del CDHB se recoge el derecho de toda persona a conocer toda información obtenida respecto a su salud, pudiendo, no obstante, establecerse por ley restricciones a esta regla siempre que ello sea en interés del paciente (privilegio terapéutico).

(10) La Ley distingue la información asistencial de la información epidemiológica, regulada en el art. 6 conforme al cual «los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

(11) El art. 10 de la LDP precisa un poco más cuál ha de ser el contenido básico de la información previa a la obtención del consentimiento, disponiendo que cuando el consentimiento haya de recabarse por escrito el facultativo deberá informar al paciente de las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, de los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, de los riesgos probables de la intervención y de las contraindicaciones.

(12) Cfr. GÓMEZ RIVERO, *op. cit.*, pág. 79.

(13) A diferencia del derecho de información, el derecho a no saber no se encontraba reconocido por la LGS.

(14) También en este punto la LDP incorpora las previsiones del CDHB, que reconoce en su art. 10.2 el derecho a no saber junto al derecho a la información del paciente, disponiendo que de modo excepcional la ley podrá establecer restricciones en interés del paciente con respecto al ejercicio de tales derechos.

(15) Institución a través de la cual se protege el derecho a la intimidad del paciente, que tiene su corolario en el deber del médico de mantener el secreto profesional, y cuyo quebrantamiento se encuentra sancionado penalmente conforme al art. 199.2 del Código Penal.

(16) COLBY, «An Analysis of Genetic Discrimination Legislation Proposed by the 105th Congress» en *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 24, núm. 4; Human Genetics Commission, *Whose Hands on Your Genes?*, [www.hgc.gov.uk/business\\_consultations2maintext.pdf](http://www.hgc.gov.uk/business_consultations2maintext.pdf), pág. 19; HUSTED, «Autonomy and a right not to know» en *The right to Know and the Right not to Know*, Gran Bretaña 1997, págs. 57 y ss. Gran parte de la bibliografía relativa al derecho a no saber analiza este derecho con respecto a los datos genéticos. En efecto, el derecho a no saber se reclama con mayor intensidad con respecto a este tipo de información por las especiales características que confluyen en la misma.

(17) No obstante, de la misma forma que se permite que una persona tome decisiones arriesgadas sobre su forma de vida, tal como realizar un deporte de riesgo, se debe permitir también que los individuos permanezcan en la ignorancia respecto su estado de salud. Refieren la controversia relativa al posible fundamento del Derecho a no saber BENNETT, «Antenatal genetic testing and the right to remain in ignorance» en *Theoretical Medicine*, núm. 22, 2001; HARRIS y KEYWOOD, «Ignorance, Information and Autonomy» en *Theoretical Medicine*, núm. 22, 2001; HÁYRY y TAKALA, «Genetic Information, Rights and Autonomy» en *Theoretical Medicine*, núm. 22, 2001; y TAKALA en «The right to genetic ignorance confirmed» en *Bioethics*, Vol. 13, núm. 3/4, 1999, y «Genetic Ignorance and Reasonable Paternalism» en *Theoretical Medicine*, núm. 22, 2001.

(18) De la misma opinión es la mayoría de la doctrina. Cfr. ABBING, *op. cit.*, pág. 40; CHADWICK, *op. cit.*, pág. 19; DE MIGUEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 199-200; LAURIE, *The Most Personal Information of All*, págs. 89 y ss.; ROMEO CASABONA, *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, págs. 249 y ss., y SUTER, *Whose Genes Are These Anyway? Familial Conflicts over Access to Genetic Information*, pág. 1894.

(19) FJ 7.º

(20) FJ 4.º

(21) MORALES PRATS, «Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983)», en *Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del Código Penal*, Vol. I, 1983, pág. 578.

(22) CARMONA SALGADO, «La intimidad como bien jurídico protegido: a propósito de la reforma penal sobre secreto de las comunicaciones, de 23 de diciembre de 1994» en *Comentarios a la legislación penal*, Vol. XVII, Madrid, 1996, pág. 271. En idéntico sentido LÓPEZ ORTEGA, «La protección de

la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionabilidad de la injerencia como presupuestos de validez» en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Madrid, 1996, pág. 279; y SEOANE RODRÍGUEZ, «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 16, 2002, págs. 86-87.

(23) Afirmar que el derecho a la intimidad se compone de esta doble vertiente, supone proponer un concepto amplio de intimidad. A este respecto, aunque la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de la inclusión de esta vertiente positiva del derecho a la intimidad dentro del concepto del mencionado derecho, algunos autores son contrarios a la aceptación de un concepto amplio de intimidad que incluya tal vertiente positiva. Así, por un lado se argumenta que sólo un concepto restringido es acorde a la normativa reguladora de la intimidad —principalmente CP y LO 1/1982—; y se considera, por otro, que la adopción de un concepto amplio de intimidad desnaturalizaría el derecho que la tutela y disminuiría su nivel de protección. Ver LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el derecho español (I)» en *Estudios de Jurisprudencia*, año I, núm. 3, 1992, pág. 16. En el mismo sentido se manifiesta SERRANO PÉREZ (*El derecho fundamental a la protección de datos, derecho español y comparado*, Madrid, 2003, págs. 145 y ss.), quien, tomando como punto de partida el análisis de la *privacy* norteamericana, afirma que no existe en nuestro país un macro derecho de características semejantes a la *privacy*, de forma que ésta no es equiparable a la intimidad.

(24) LAURIE, «The Most Personal Information of All: An Appraisal of Genetic Privacy in the Shadow of the Human Genome Project» en *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 10, 1996, pág. 90.

(25) MIERES MIERES, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Navarra, 2002, pág. 24.

(26) MIERES MIERES, *ibidem*, pág. 25. La intimidad territorial abarca desde el propio cuerpo —lo que un grupo de autores denomina intimidad física— a aquellos lugares en los que el individuo se desenvuelve en su vida privada. Esta segunda manifestación de la intimidad territorial encuentra su parangón en el derecho a la inviolabilidad del domicilio y obtiene protección en el Capítulo II del Título X, rubricado «Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público». Con respecto a la intimidad física o corporal ver HERRERO TEJEDOR, *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, págs. 55 y ss. y 111 y ss.

(27) MIERES MIERES, *op. cit.*, págs. 25 y ss.

(28) También SÁNCHEZ GONZÁLEZ («Intimidad y confidencialidad: su concepto y su importancia», en *I Jornadas de Protección de Datos Sanitarios en la Comunidad de Madrid*, 2000, págs. 55-57) distingue entre intimidad física e informacional. La intimidad física implicaría el no ser tocado ni observado en la vida privada sin consentimiento y la intimidad infor-

macional haría referencia a la no difusión de informaciones privadas o confidenciales.

(29) MIERES MIERES, *op. cit.*, págs. 29 y ss. También SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (*op. cit.*, págs. 55-57) engrosa su clasificación de la intimidad ya citada con la intimidad decisional, la cual supondría el disfrute de autonomía no restringida en las decisiones que repercuten exclusivamente en la propia vida. Se refiere asimismo a esta dimensión de la intimidad MEDINA GUERRERO, en tanto en cuanto entiende que el derecho a la vida privada tiene un significado amplio en cuya virtud se protege la capacidad de los sujetos de adoptar libremente, sin interferencias ajenas, todas aquellas decisiones que conciernen directamente al desarrollo de su personalidad, en *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Valencia, 2005, pág. 12. En la misma línea PAREJO ALFONSO en «El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones» (*Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, *op. cit.*, págs. 26 y ss.), partiendo de la tradicional definición constitucional de intimidad mencionada, entiende que de la consideración de ese ámbito propio y reservado como necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana deriva su imbricación con la existencia misma del individuo. Y esa imbricación alude al valor de la intimidad para la autodeterminación de la persona, es decir, al libre desarrollo de su personalidad. Y por último, ESPINAR VICENTE («La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor», en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 59), quien parte de una definición de la intimidad como conjunto de garantías jurídicas con las que se protegen los asuntos interiores de la persona frente a las perturbaciones que les pudiera causar la acción torticera de terceros. En este sentido, el citado autor puntualiza que con el término perturbación se quiere aludir a toda alteración de la tranquilidad subjetiva del individuo a la hora de determinar espontáneamente cuáles son los actos que desea realizar, lo que conecta de forma clara con la dimensión decisional de la intimidad.

(30) La intimidad decisional ya ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del TS de los EE.UU. La primera vez que se acogió una interpretación de la intimidad como la aquí propuesta fue en el caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 471 (1965), que consideró que una Ley del Estado de Connecticut que castigaba el uso de anticonceptivos en el marco del matrimonio vulneraba injustificadamente la intimidad conyugal en tanto en cuanto el Estado no puede interferir en decisiones sobre el uso de anticonceptivos de una pareja casada. La interpretación que el Alto Tribunal hizo de la intimidad en este supuesto se extendió a otros casos posteriores, destacando el caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), que declaró la inconstitucionalidad de las normas que prohibían el aborto, estimando que lesionaban la intimidad de la mujer embarazada al invadir indebidamente un ámbito de decisión personal.

(31) FJ 5.º.

(32) MIERES MIERES, *op. cit.*, págs. 29 y ss.

(33) *Ibidem*.

(34) ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, 2004, pág. 35.

(35) SSTC 73/1982 y 89/1987.

(36) MIERES MIERES, *op. cit.*, pág. 33.

(37) *Ibidem*. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho al respeto a la vida personal y familiar contenido en el art. 8.1 del CEDH respalda esta postura, y de hecho, el propio TC en la sentencia referida recurre en apoyo de su argumentación a lo dispuesto en el CEDH.

(38) Dos son los factores que nos conducen a afirmar la necesidad de proteger penalmente la intimidad sobre la base de la cada vez mayor potencialidad de que sea objeto de lesión. En primer lugar, los atentados al derecho a la intimidad derivados de las nuevas tecnologías de la información sitúan a los individuos en una situación de absoluta indefensión que no se resuelve satisfactoriamente en los otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en particular en el civil mediante la tradicional reparación del daño causado. En este sentido, en la mayoría de las ocasiones el afectado no conocerá la lesión de su derecho, sino sólo de las consecuencias perjudiciales de tal lesión, estando en todo momento vedada para él la posibilidad de participar en ese proceso. Además, la evolución experimentada por la ciencia en los últimos años permite que el tipo de información que sobre los individuos puede adquirirse sea cada vez más numerosa e íntima, de manera que la intimidad de las personas puede ser objeto de nuevos y cada vez más intolerables ataques. De forma que, si ya con la introducción de la informática la intimidad se veía en una posición de intensa debilidad que era necesario proteger mediante la tutela penal del mencionado derecho, tal situación se incrementa por las posibilidades de ampliación de la información que el desarrollo científico y tecnológico nos ofrece, con lo que el recurso a la tutela penal es inexcusable.

(39) El citado precepto dispone que «el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 1. Con la pena de prisión de tres a seis meses si se tratare de las lesiones del art. 147.1». El art. 147.1, primer inciso, establece por su parte que «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico». A esta posibilidad se refiere BLANCO CORDERO en *op. cit.*, págs. 591-593.

(40) Esta situación se encuentra, además, entre las excepciones previstas por la LDP para el derecho a no saber.

(41) Ver, por todos, DEL ROSAL BLASCO, «Delitos contra la libertad (I)», págs. 171 y ss. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Amenazas y coacciones», págs. 57 y ss.

(42) DEL ROSAL BLASCO, «Delitos contra la libertad (I)», pág. 172.

(43) Los delitos de amenazas se regulan en los arts. 169 y siguientes del Código Penal.

## EL ARTÍCULO 1446 DEL CÓDIGO CIVIL A LOS OJOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Por VIDAL RIVERA SABATÉS

Doctor en Derecho

El presente trabajo versa sobre la interpretación que le ha merecido al Tribunal Supremo el artículo 1446 CC. Si resulta harto sencillo diferenciar la compraventa de la permuta cuando ambas modalidades contractuales adoptan sus variedades puras o estándar, se complica algo la cuestión cuando, a cambio de una cosa, se da otra cosa y dinero —o signo que lo represente—. Entonces, a fin de decidir si este negocio con «precio mixto» ha de merecer la calificación de venta con integración *in natura* o, por el contrario, la de permuta con suplemento numerario, debe acudir a la letra del precepto legal citado. El tenor de dicha norma contiene, ordenados jerárquicamente, dos criterios interpretativos: subjetivo el primero, objetivo el segundo. Tales criterios son analizados al detalle con la inestimable colaboración de los razonamientos ofrecidos por las Sentencias del Alto Tribunal, sin olvidar, claro es, la luz aportada por las más relevantes opiniones doctrinales —nacionales y extranjeras— sobre la materia.

Los negocios jurídicos de venta y permuta constituyen en verdad, en un sentido genérico y fundamental, un «acto de enajenación» (1), entendiendo dicho término como «desprendimiento o desarraigo de una cosa que era propia del vendedor o del permutante» (2). Participan ambos contratos, asimismo, de un carácter acentuadamente consensual, pues obtienen su perfección mediante el simple concurso de voluntades de los sujetos intervinientes, y la *traditio* sólo es menester a fin de provocar la transferencia dominical representativa de la ejecución negocial (3). Diferéncianse no obstante dichos contratos de cambio de bienes, en sus variedades puras o arquetípicas, con carácter esencial, en que en la compraventa concurre precio y en la permuta no (4) (*ex arts. 1445 y*

1538, respectivamente, del Código Civil); esto es, la permuta corporeiza la representación jurídica del cambio directo de cosas por cosas —intercambio *in natura*—, mientras que la compraventa refleja el cambio indirecto de cosas por dinero (5).

Y no se olvide, tampoco, en este terreno, que la circunstancia de reflejarse en el contrato el valor económico de las cosas objeto de intercambio no transmuta a la permuta en compraventa, porque, según arguye el considerando sexto de la STS de 28 de diciembre de 1942, «la valoración dineraria de las cosas dadas en permuta puede tener la finalidad de señalar la base contributiva a efectos fiscales y la base también de suplemento numerario de abono por

uno de los contratantes si los bienes permutados tuvieran valor diferente, pero no se le puede dar la significación de precio equivalente económico de las cosas que se permutan».

La práctica nos obsequia, sin embargo, día tras día, con modelos jurídicos que no son químicamente puros, que no responden al pie de la letra a los perfiles negociales recién esbozados; nos enfrentamos entonces a casos intermedios —o «supuestos especiales»— (6), en los que, a cambio de una cosa, se dan a un tiempo cosa y dinero —o signo que lo represente (STS de 30 de junio de 1995, FJ 4.º)— (7). Se debe decidir, en semejante coyuntura, de acuerdo con los expedientes interpretativos recogidos en el art. 1446

CC, si nos hallamos ante una compraventa con precio parcialmente satisfecho en especie (8) —*ipsum est*, con integración *in natura*— o, por el contrario, ante una permuta con compensación pecuniaria (9).

Se trataría en este último caso, obviamente, no de una «permuta simple», aquella «en la que las cosas se cambian sin tener en cuenta su valor, por lo que en nuestro derecho histórico se califican de donaciones recíprocas» (10), sino de una de las bautizadas como «permutas estimatorias», «que no pierden su naturaleza jurídica de permuta aunque intervenga dinero, cuando se entrega por título de “vueltas” o “suplemento de valores”» (11). Ante la desigualdad de valor entre las cosas permutables, se completa el de una con numerario (12).

Mixto es el precio de la transmisión onerosa (13), mixta será la contraprestación, mas el legislador, con meridiana claridad, se ha mostrado firme partidario de catalogar el contrato controvertido —según las directrices del art. 1446 CC— como un todo, ya como

Y tal criterio subjetivo ha sido pertinentemente tenido en cuenta por el Alto Tribunal para fundar en él sus fallos, pues se ha atendido en el proceso calificador, con carácter prioritario, a «la intención manifiesta de los contratantes» (28) (SSTS de 28 de octubre de 1952 —considerando sexto—, 4 de octubre de 1979 —considerando cuarto— y 29 de julio de 1999 —fundamento de Derecho tercero—), a «la intención común y evidenciada de los contratantes» (29) (STS de 9 de diciembre de 1965 —considerando segundo—), a «la intención real suficientemente manifestada (30) de las partes de celebrar efectiva permuta» (STS de 30 de abril de 1999 (31) —fundamento de Derecho segundo—), a «la intención evidente de los contratantes» (SSTS de 30 de mayo de 1921 —considerando primero— y 2 de abril de 1964 —considerando primero de la primera sentencia—), a «la voluntad libremente concertada de los contratantes» (STS de 2 de abril de 1964 —considerando primero de la primera sentencia—), a «la intención de las partes (que) se manifiesta claramente» en uno u otro sentido (llamarlo compraventa o permuta) (STS de

guardan, de manera que «la claridad, más que en los términos del contrato, ha de estar y resaltar en la intención de los contratantes» (STS de 9 de diciembre de 1965 —considerando segundo—).

Por otra parte, téngase presente que la calificación convencional de un contrato «no puede ser por sí sola decisiva, (pero) es un elemento revelador de la intención de las partes, que debe ser respetado, siempre que no sea destruido por otros (elementos o indicios) más poderosos» (38) (STS de 19 de diciembre de 1956 —considerando segundo—). Conforme a una nutrida jurisprudencia, el órgano jurisdiccional debe centrarse, en su tarea calificadora, en el análisis de los pactos que integran el negocio (39) —en la finalidad económica de su contenido—, antes que en la denominación que le reserven los otorgantes (SSTS de 2 de abril de 1964 —considerando segundo de la primera sentencia— o 15 de enero de 1963 —considerando segundo—).

A los contratantes, en suma, no les cabe dispensar a sus actos y estipulaciones, de modo arbitrario (40), una calificación distinta de aquella que se ajusta a su especial naturaleza jurídica —diferente de la que merecerían de acuerdo con las normas— (41), toda vez que el contrato es, «en el orden legal, lo que corresponda conforme a la naturaleza material u obligaciones que de él emanen, careciendo las partes de libertad para definirlo o acomodarlo ateniéndose a su singular voluntad o capricho» (STS de 24 de enero de 1958 —considerando segundo—) (42). Siempre que sea la voluntad de los sujetos negociales la que confiera al negocio el carácter de compraventa o permuta, es menester escudriñar la voluntad real, y no ceñirse de modo automático e inexorable al *nomen* que los interesados otorguen impropriamente al contrato por ignorancia, laxitud, negligencia, descuido, error o malicia (43). Ha de llegarse a la conclusión de que los sujetos intervinientes tienen ánimo o voluntad de suscribir una compraventa no más que cuando anhelan sustancialmente el trueque o cambio de cosa por una suma de dinero, bien que, al intento de completar el valor de la cosa vendida, al que el precio en dinero no alcanza, se dé, amén de numerario —y bajo la forma de integración *in natura*—, otra cosa —meramente accesorio, es decir, de regalo o extra, de propina—. En contraste, cuando el propósito o interés originario y fundamental reside en el cambio de una cosa por otra (44), aunque con adición de una cantidad pecuniaria al objeto de igualar el valor respectivo de ambas prestaciones —a modo de integración o plus en metálico—, se impone inferir que el fin directo de las partes se encamina a la celebración de una permuta (45).

No debe reconocerse, por consiguiente, a los sujetos contratantes la libertad o facultad omnímoda de bautizar como permuta el negocio en el que se deciden a cambiar cosa por una suma de dinero, comprometiéndose, además, una de las partes a entregar una *res* de valor ridículo o irrisorio en relación con el importe del numerario (46). La cabal interpretación de la regla que se remite a la intención manifiesta de los contratantes en la hipótesis de precio mixto, fuerza a requerir, sin duda —como atestigua PUIG BRUTAU— (47), que exista cierta igualdad sustancial entre ambas partes del precio; o que no exista una manifiesta desproporción entre las mismas, cual corresponde a la interpretación del art. 1446 CC según su espíritu y finalidad (art. 3.1 del mismo texto).

Ejemplo de las afirmaciones precedentes es el caso plasmado en la ya citada STS de 30 de mayo de 1921: D.<sup>a</sup> Jesusa P. M., titular del dominio útil de una porción de terreno, suscribe un contrato en escritura pública el 12 de julio de 1918 —al que se le denomina permuta—, por el que, segregando de la misma un trozo de 9 metros de frente por 14 metros y 60 centímetros de fondo —valorado en 1.900 pesetas—, se lo cede a D. José F. G., recibiendo de éste, a cambio, 1.880 pesetas en efectivo y un juego de servicio de campo compuesto de cuchillo, cuchara, tenedor, sacacorchos y un vaso de aluminio —valuado en conjunto en 20 pesetas—. El Tribunal Supremo —en su considerando primero—, confirmando la sentencia recurrida —que, a su vez, había ratificado en este punto la de primera instancia—, estimó que dicho

**El art. 1446 CC asigna en los casos dudosos en que interviene una contraprestación mixta principal valor, a fines calificadores del contrato, a «la intención manifiesta de las partes». Labor interpretativa que se atribuye, «después de valorar en su conjunto toda la prueba ofrecida y practicada», al tribunal de instancia, cuya opinión sólo puede ser eficazmente combatida en casación cuando se revele «arbitraria, ilógica o contraria a derecho»**

permuta, ya como compraventa (14), pero no como negocio mixto. Por todo ello, resulta sorprendente la opinión sustentada por la singular STS de 19 de mayo de 1982 —considerando tercero— (15), que incluye entre la nómina de los contratos atípicos o mixtos a la permuta con integración pecuniaria.

Caracterización diferente merece el llamado negocio de «aportación de solar a cambio de locales y/o pisos en el edificio a construir», muy en boga en la actualidad, que —tal como argumenta el FJ 4.º de la STS de 30 de septiembre de 1993— «no responde fielmente a esta figura jurídica (de permuta), pues no tiene el encaje legal preciso que el art. 1446 CC contempla». Dicho negocio, según se afirma en el fundamento de Derecho primero de la STS de 31 de octubre de 1986 (16), «es (remitiéndose a las cristalinas palabras de la STS de 24 de octubre de 1983) (17) figura que la doctrina mayoritaria conceptúa de permuta con prestación subordinada de obra, si bien la jurisprudencia —STS de 7 de julio de 1982— (18) lo califica de contrato atípico *do ut des* (19) no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil —SSTS de 22 de mayo de 1974 (20) y 2 de enero de 1976—, aunque presente notas que le aproximan a la permuta —SSTS de 30 de junio de 1977 (21) y 12 de febrero de 1979 (22)—, e incluso subsumible por analogía “dentro de los términos del art. 1538 (23), aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse” —STS de 9 de noviembre de 1972— (24), por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura (*res speratae*) que se corresponde con otra presente (25)».

El art. 1446 CC asigna en los casos dudosos en que interviene una contraprestación mixta principal valor, a fines calificadores del contrato, a «la intención manifiesta de las partes». Labor interpretativa que se atribuye, «después de valorar en su conjunto toda la prueba ofrecida y practicada» (STS de 18 de octubre de 1978 —considerando primero—) (26), al tribunal de instancia, cuya opinión sólo puede ser eficazmente combatida en casación cuando se revele «arbitraria, ilógica o contraria a derecho» (STS de 11 de marzo de 2005 —FJ 2.º—) (27).

19 de julio de 2002 —fundamento de Derecho primero—), a «la voluntad contractual» (STS de 6 de abril de 2001 —fundamento de Derecho sexto—), a «la expresa conformidad de los litigantes, que en documento privado (...) acordaban permutar» (STS de 24 de junio de 1948 —considerando primero—), a que los sujetos negociales «claramente expresan su propósito de permutar, y no de vender» (STS de 19 de diciembre de 1956 —considerando segundo—), a que el contrato «fue calificado por las mismas partes contratantes como de compraventa» [STS de 15 de enero de 1963 (32) —considerando segundo—], a que «la verdadera intención de aquéllas (las partes) fue la de dar en venta la finca de cuyo retracto se trata» (STS de 8 de abril de 1905 —considerando primero—), o a «la voluntad o deseo de los contratantes» (STS de 24 de enero de 1958 —considerando segundo—).

La solución acogida en el primer inciso del art. 1446 CC es aplicación concreta de las normas interpretativas generales de los contratos, basadas en la teoría subjetivista (33), residenciadas en el art. 1281 (34) y siguientes de idéntico cuerpo legal, «rigiendo en primer término la intención, que ha de prevalecer sobre el sentido gramatical del texto instrumental cuando hubiese divergencia entre ambos elementos» (STS de 24 de enero de 1958 —considerando segundo—) (35).

«Aunque (se) haya de partir (a estos efectos interpretativos) de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas, no puede (uno) detenerse en el sentido gramatical de las mismas, y (se) ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan presidido el negocio (36), infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el art. 1282 CC, el cual no excluye (...) los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes» (37) (STS de 28 de septiembre de 1965 —considerando cuarto—).

Cuando se sostiene que una cláusula denota claridad, ello implica una valoración de las palabras y de la congruencia o compatibilidad que con la voluntad

contrato revestía los caracteres de una venta, y permitió a los titulares del dominio directo de la finca matriz el ejercicio triunfante del retracto enfiteútico solicitado (*ex art. 1636 CC*).

Y cosa de parecido estilo ocurrió en el supuesto estudiado por la STS de 9 de mayo de 1925, fallo motivado —como el anterior— por una demanda de retracto (ahora de asurcanos) interpuesta, ante el juzgado de primera instancia, por el propietario de una tierra colindante con la finca que había sido enajenada —llamada «Veiga», de unas ocho a diez áreas de cabida— por D.<sup>a</sup> María R. F. (con consentimiento de su marido, D. Cayetano F.) a D. José R. B. por precio de 6.750 pesetas y 2 árboles castaños —cuyo valor, según los resultandos primero y segundo, oscila entre 30 y 40 pesetas—. La segunda instancia revocó la decisión de la primera de ellas, dando lugar a la demanda de retracto. El Alto Tribunal —en su considerando primero— declaró sin ambages —en confirmación de la sentencia recurrida— que, aunque se había calificado el contrato (por las partes) como permuta para eludir el ejercicio del *ius retrahendi*, la referida operación jurídica poseía la naturaleza de compraventa.

El art. 1446 CC en su segundo inciso, introduce, con carácter subsidiario del recogido en el primero, un criterio objetivo, operativo cuando no consta la intención manifiesta de los contratantes (48), lo que puede obedecer a que ésta «no apareciese con claridad» (49) (STS de 8 de abril de 1942 —considerando quinto—), a que semejante intención «fuera dudosa» (SSTS de 8 de abril de 1905 —considerando primero— y 19 de diciembre de 1956 —considerando segundo—), a que quedase «expresada de forma ambigua o confusa» (STS de 24 de enero de 1958 —considerando tercero—), o a que resultare «discutida por las partes la clase y finalidad de lo convenido» (STS de 28 de octubre de 1952 —considerando séptimo—) (50).

La letra del segundo inciso del art. 1446 CC consagra un criterio calificador cuantitativo, apoyado en el dato objetivo (51) —fiel correlato del clásico principio *major pars ad se minorem trahit*— de la proporcionalidad entre el valor de la cosa dada en parte del precio y el numerario que completa dicho precio. Si el valor de la *res* supera el de la suma monetaria, el negocio se considerará permuta; si sucede «lo contrario», el contrato se tendrá por venta.

Buena muestra de lo primero son los entramados fácticos de los que dejan constancia una serie de sentencias:

I. Permuta —y ampliación de la misma— de una finca rústica valorada en 2.000.000 de pesetas —y algunos bienes que ella contenía— «semovientes, granos, vinos y cuantos objetos existieran en ella, con excepción de 900 fanegas de cebada, de un coche Ford, de 200 arrobas o lo que hubiese de mistela y de 10 carneros sementales», valorado todo en 800.000 pesetas —por una casa— valorada en 2.900.000 pesetas, sobre la que pesaban 3 hipotecas por valor de 1.400.000 pesetas —(STS de 24 de junio de 1948, considerandos primero y sexto)— (52).

II. En la escritura pública de 4 de agosto de 1953 se acuerda que el transmitente reciba, como compensación de una casa, otra casa —valorada en 12.000 pesetas— y 2.000 pesetas en dinero (STS de 24 de enero de 1958 —considerandos tercero y cuarto—).

III. El cedente de un solar recibió como contraprestación 7 pisos —valorados en 35.650.650 pesetas— y 18.000.000 de pesetas en dinero (STS de 30 de abril de 1999 —fundamento de Derecho segundo—).

IV. Mediante un contrato, una parte —formada por D. Juan N., D.<sup>a</sup> Dolores N., D.<sup>a</sup> Lorena, D.<sup>a</sup> Mónica y D. Lucas C. N.— se obliga a transmitir la propiedad de un terreno, en el que se hallan edificados un hotel y un bloque de apartamentos en estado de ruina, a la otra parte —formada por D. Matías, G., D. Vicente G., D. Joaquín J. y D. Jorge C., que posteriormente constituyeron la sociedad Novaprom, S.L.—, la cual se compromete a transmitir a la primera el 45% del total de la

obra nueva que se prevé construir en el solar, previo derribo de la edificación, así como a la entrega inmediata de 36.000.000 de pesetas —que efectivamente se hace— y a «una entrega posterior como adelanto de 15.000.000 de pesetas» —que no se llega a efectuar— (STS de 19 de julio de 2002 —fundamento de Derecho primero—).

Ejemplo de lo segundo (53) son los siguientes casos retratados por la jurisprudencia:

I. Una escritura pública de 11 de septiembre de 1901 (autorizada por notario) por la que D.<sup>a</sup> Victoriana y D. Salvador Abond P. acordaron permutar una finca de la primera —valorada en 1.098 pesetas— a cambio de una casita de habitación del segundo —valorada en 425 pesetas—, más la diferencia de 673 pesetas que D.<sup>a</sup> Victoriana declaraba haber recibido de D. Salvador con anterioridad. El Tribunal Supremo, una vez analizados con detenimiento los hechos, dictaminó —ratificando la decisión de la segunda instancia— que el contrato fue una compraventa y no una permuta (STS de 8 de abril de 1905 —considerando segundo y resultandos cuarto y décimo—).

II. En la escritura pública de 2 de octubre de 1907 —calificada como permuta— se hace constar que D. Bernardo T. V. transfirió a D. Tomás L. L. una finca —un leiro labradío en abertal, valorado en 250 pesetas—, y este último transmitió al primero una porción de muebles y 6 fincas —valorándose en conjunto en 1.050 pesetas—. La diferencia entre ambas prestaciones —800 pesetas— fue entregada en monedas corrientes a D. Tomás L. L. El Alto Tribunal apreció —confirmando lo determinado por la sentencia recurrida— que el negocio consistía en una compraventa (STS de 12 de enero de 1911 —resultando primero y considerando segundo—).

III. En la escritura pública de 12 de julio de 1918 se documenta un contrato por el que D.<sup>a</sup> Jesusa P. M. cedió a D. José F. G. un trozo de terreno de 9 metros de frente por 14 metros y 60 centímetros de fondo —valorado en 1.900 pesetas—, recibiendo de éste, a cambio, un juego de servicio de campo (compuesto de cuchillo, cuchara, tenedor, sacacorchos y un vaso de aluminio —valorado en total en 20 pesetas—) y 1.880 pesetas en efectivo. A pesar de que en la escritura se llama al contrato permuta, el Tribunal Supremo decretó —insistiendo en el parecer de la sentencia de segunda instancia— que no era sino una compraventa (STS de 30 de mayo de 1921 —resultando y considerando primeros—).

IV. El 27 de marzo de 1939 se otorga escritura pública de «cesión onerosa», mediante la cual D. Ángel N. transmitió a D. Daniel V. el pleno dominio de un edificio y terrenos, transfiriendo, a su vez, V. a N. la propiedad de 2 solares —valuados en 20.000 pesetas—, amén de la entrega de 40.000 pesetas. El Tribunal Supremo —confirmando la sentencia recurrida— optó por dar al contrato el nombre de compraventa (STS de 8 de abril de 1942 —considerandos tercero y quinto—).

V. El 28 de octubre de 1943 se suscribe un documento por el que J. R. D. enajena un inmueble de naturaleza rústica —titulado el «Ranjuan», que mide aproximadamente tres días a bueyes, equivalentes a 37 áreas y media— a U. F., estipulándose como precio la cantidad de 25.000 pesetas —de las que en esa fecha se pagan a cuenta 10.000— y una pastera o xata (: ternera). El Tribunal Supremo —confirmando, en lo que ahora interesa, la calificación emitida por la sentencia recurrida— estimó que el contenido del contrato era expresivo de una venta (STS de 6 de marzo de 1954 —considerando primero de la primera sentencia y considerandos primero y tercero de la segunda sentencia (54)—).

VI. El 2 de agosto de 1972 se celebra un contrato privado mediante el que D.<sup>a</sup> Teresa R. B., titular de la quinta parte de un solar —valorada en 240.000 pesetas—, se la cede a D. Alonso D. M., y se compromete a pagar a éste, además, 502.408 pesetas en metálico a cambio de la adjudicación de un piso en el edificio que D. Alonso levante sobre el solar. El Alto Tribunal, en aplicación del tenor del segundo inciso del art. 1446

CC, da por bueno el fallo de la segunda instancia e identifica el contrato como compraventa (STS de 17 de septiembre de 1985 —fundamento de Derecho cuarto—).

VII. El 5 de diciembre de 1983 se firma un documento privado por el cual D. Manuel C. L. y D.<sup>a</sup> Rosario C. G. enajenan un chalé (con su parcela) hipotecado a D. Juan G. R., a cambio de que éste: 1.<sup>o</sup>) les transmita un negocio de confitería en pleno funcionamiento —con el derecho de traspaso inherente al local arrendado—, valorándose en 3.000.000 de pesetas; 2.<sup>o</sup>) efectúe determinados pagos en 15 plazos sucesivos; 3.<sup>o</sup>) se subrogue en el préstamo hipotecario que grava el chalé —ascendiendo a 2.500.000 de principal, intereses y costas al hallarse en trámite de reclamación judicial—. El Supremo, reparando en el mayor valor de la contraprestación económica sobre la fijada en especie, declaró —igual que había concluido la segunda instancia— que las relaciones jurídicas descritas representaban una compraventa (STS de 24 de julio de 1993 —fundamentos de Derecho primero y segundo—) (55).

Por último si el valor de la cosa fuera —extremo ciertamente poco probable— (56) igual a la cantidad de numerario que se entrega como sobrepago, y no sea dable averiguar cuál fue la voluntad de las partes, ¿sería compraventa o permuta?

Para un sector de la doctrina científica —patroñado por GULLÓN— (57), al que no vacilo en adherirme, habríamos de decantarnos a favor de la compraventa en atención a la redacción de las últimas palabras del referido art. 1446 CC —al decir éste: «y (se tendrá) por venta en el caso contrario»— (58), «porque tan caso contrario puede reputarse el de que esos valores resulten iguales, como que el primero de los dichos (el de la *res*) sea inferior al del dinero o su equivalente» (59). Al efecto, el § 1055 del Código Civil austriaco (60) proclama de modo inequívoco, para no dar pábulo a tentaciones polemizadoras, que —en este igualitario supuesto— el contrato, con prescindencia de la voluntad de las partes, será catalogado como compraventa.

Otros autores —como GARCÍA CANTERO— (61) ven en dicha hipótesis de igualdad de valor entre ambas prestaciones (la real y la dineraria) una laguna legal, y encomiendan —entonces— la calificación del contrato a la libre decisión, caso por caso, de los tribunales (62).

BADENES GASSET (63), por su parte, se remite a la tesis preconizada por el italiano DEGNI (64), quien considera que nos encontramos ante un contrato innominado.

Interesa, por último, destacar el parecer de CUTURI (65), tratadista que defiende la presencia —en la mencionada situación— de dos contratos (una venta y una permuta), o el de BIANCA (66), que propugna el surgimiento de una especie mixta de ambos negocios.

## Notas

(1) RDGRN de 19 de noviembre de 1917 —considerandos primero y cuarto—.

(2) Considerando primero de la RDGRN de 19 de noviembre de 1917.

(3) *Vid.* la RDGRN de 16 de mayo de 1996 —fundamento de Derecho segundo— y las SSTS de 11 de mayo de 1964 —considerando cuarto de la primera sentencia—, 13 de octubre de 1984 —considerando segundo— y 17 de noviembre de 1988 —fundamento de Derecho tercero—.

(4) *Vid.* la RDGRN de 19 de noviembre de 1917 —considerando primero— y las SSTS de 19 de diciembre de 1956 —considerando primero— y 30 de abril de 1999 —fundamento de Derecho segundo—. Por su parte, la STS de 17 de noviembre de 1988, en su fundamento de Derecho tercero, singulariza a la permuta como una «doble venta simplificada». Incide sobre este punto F. MELÓN INFANTE, quien plantea que, «en cierto modo, en el contrato de permuta cada una de las partes reúne a la vez la condición de vendedor y comprador: vendedor de la cosa que da y comprador de la que recibe en cambio». «El contrato de permuta en el Código Civil», en *RDP*, septiembre de 1961, pág. 717. Consultese también el sintético parecer de J. PUIG BRU-TAU: *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, volumen II, 2.<sup>a</sup> edición revisada y ampliada, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 217.





como éste abunda cuales palabras quiera que digan, solamente que sea hecho con placer de ambas las partes, e reciba el uno de ellos la cosa por que cambio la que era suya») «para calificarlo de permuta, sin que obste que se diera en dinero la diferencia de valor de las fincas permutadas».

(54) Agrega el considerando tercero de la segunda sentencia: «..., pues la ternera o xata siempre resultaría de menor valor que las 25.000 pesetas, apreciación de evidencia manifiesta, aun careciendo de conocimiento sobre el valor del ganado».

(55) Vid. también el supuesto relatado en la STS de 6 de abril de 2001 —fundamentos de Derecho primero y sexto—: mediante contrato de 22 de marzo de 1991 se entrega un piso y dinero a cambio de un chalé —no se facilitan más datos, sólo se sabe que la parte pecuniaria del precio supera el valor del piso—. El Tribunal Supremo —corroborando la sentencia de segunda instancia— dispuso *ex art. 1446 in fine CC* que el negocio era una compraventa.

(56) El único fallo del Tribunal Supremo que conoce de un supuesto de este estilo se remonta al 26 de enero de 1883, anterior a la promulgación del Código Civil. Vid. la nota 54.

(57) *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial y responsabilidad extracontractual*, reimpresión de la primera edición, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 68. Vid. también: Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, cuarta reimpresión de la 9.ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, pág.

304; o ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, *op. cit.*, II, pág. 496.

(58) Así acababa también el art. 1368 del Proyecto de 1851, precepto del que GARCÍA GOYENA se limitaba a precisar que era «conforme con las leyes 6, título 54, 1, título 64, libro 4 del Código, y la 6, párrafo I, título 1, libro 19 del Digesto», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pág. 359.

(59) SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, tomo XXIII, volumen primero, 2.ª edición revisada por F. Bonet Ramón, Reus SA, Madrid, 1970, pág. 511. Vid. asimismo, DE LA ROSA, P., *La permuta...*, *op. cit.*, págs. 353-354.

(60) «Wird eine Sache teils gegen Geld; teils gegen eine andere Sache veräußert; so wird der Vertrag, je nachdem der Wert am Gelde mehr oder weniger, als der gemeine Wert der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche, und bei gleichem werte der Sache, zum Kaufe gerechnet» («Si se enajena una cosa, en parte a cambio de dinero y en parte a cambio de otra cosa, el contrato se estima compraventa o permuta según que el precio en dinero sea más o menos elevado que el valor ordinario de la cosa dada; si dicho precio en dinero tiene el mismo valor que la cosa, se considera compraventa»). Vid. en parecidos términos, el art. 2250 del Código Civil mejicano.

Menos drástico se mostraba el § único del art. 1545 del Código Civil portugués de 1867, que únicamente introducía una presunción favorable a la compraventa: «Quandos os valores das duas partes forem iguais, presumir-se há que o contrato é de venda» («Cuando los valores de las dos partes —el del dinero y el de la cosa— fueran iguales, se presumirá que el contrato es de venta»).

(61) *Comentarios...*, *op. cit.*, tomo XIX, 2.ª edición, pág. 786.

(62) MERINO considera que la solución del caso no se hallará en el segundo inciso del art. 1446 CC, sino más bien en el primero de ellos. «Dependerá —explica—, en definitiva, de la voluntad que las partes hayan tenido realmente al celebrar el contrato», *El contrato...*, *op. cit.*, pág. 77.

(63) *El contrato de compraventa*, tomo I, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 233.

(64) *La compraventa*, traducción y notas de Derecho español por F. BONET RAMÓN, Edersa, Madrid, 1957, pág. 151.

(65) *Della vendita, della cessione e della permuta*, volume unico, seconda impressione, en *Il Diritto Civile Italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, per cura di P. Fiore, parte dodicesima, contratti speciali, II, Eugenio Marghieri, Napoli, 1906, pág. 125.

(66) *La vendita e la permuta*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, volume settimo, tomo primo, seconda edizione, Utet, Torino, 1993, págs. 1140-1141.

## EDUCACIÓN, DERECHOS Y SANCIÓN: ENTRE LA RETRIBUCIÓN Y LA PREVENCIÓN

Por FERNANDO FALCÓN Y TELLA

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

El presente artículo aborda el tema de lo que debería ser una correcta educación en relación con el tema de los derechos y la sanción, realizando para ello un examen comparativo, desde la perspectiva iusfilosófica, entre los dos principales tipos de sanción penal: la pena y la medida de seguridad, en relación con la doble finalidad del castigo: entre la retribución y la prevención.

### I. INTRODUCCIÓN

Puede definirse la pena como «la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal» (1). La pena debe caracterizarse por ser (2): personal, necesaria y suficiente, pronta e ineludible, proporcionada e individualizada.

Concebidas en 1893 por el penalista suizo Stoos, autor del Anteproyecto del Código Penal Suizo de dicho año, como complemento de las penas y medio eficaz de defensa social en la lucha contra el delito, las medidas de seguridad irrumpen con fuerza en el panorama del Derecho Penal a principios del siglo XX. Por ello se considera que las medidas de seguridad constituyen un medio de lucha contra la delincuencia y una consecuencia jurídica del delito nacidas como tales en el moderno Derecho Penal. Pero, aunque las características de estas medidas y su propio nombre son de moderna creación, desde tiempo inmemorial se luchó contra la delincuencia con un aparato represivo y preventivo que rebasaba el ámbito estrictamente penal. Lo verdaderamente moderno en las medidas de seguridad es su sistematización a finales del siglo XIX. Pero ya antes —aunque inominadas— se contemplaban en muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, medidas como la vigilancia policíaca, el internamiento de enajenados declarados irresponsables, el asilamiento de mendigos o las instituciones nacidas para la educación de menores (3).

Las teorías retribucionistas, partidarias de la pena, se fijan más en los aspectos lógicos; elucidan el significado de la palabra castigo o las condiciones de uso de oraciones del tipo «A castiga a B». Se trata de una consideración estática del Derecho, que

busca el porqué, la justificación, del derecho a castigar y de la existencia de la pena. Estas consideraciones se incardinan en el plano puramente normativo, del deber ser: se castiga porque hay un ilícito previo.

El utilitarismo y en general el concepto de medida de seguridad, de que suele ser partidario, ofrece, a su vez, una respuesta ética; intenta justificar moralmente el castigo por su finalidad. No habría, pues, oposición entre ambas concepciones, pues cada una ofrece su solución dentro de un área determinada: un aspecto lógico-conceptual y un aspecto ético-finalista. Ambos aspectos son obviamente diferentes y deben ser separados con cuidado. Una cosa es la explicación del significado o de las condiciones del uso del castigo y otra muy distinta es el problema ético de la finalidad de la acción de castigar.

La medida de seguridad tiene en cuenta los aspectos dinámicos y teleológicos (4). Indaga más que sobre el porqué, sobre el para qué, sobre la finalidad de la pena. Más que retrotraerse hacia atrás en el tiempo en la búsqueda de un delito previo que justifique lógicamente el derecho a imponer una sanción penal, lo que hace es avanzar una explicación o, si se prefiere, justificación, pero teleológico-finalista, de la sanción. Esta explicación enlaza necesariamente con los hechos, con el plano del ser, para el que el castigo pretende ser útil. Más que ante una concepción normativista del fenómeno jurídico, que se mueve en el plano del *Sollen*, nos hallamos ante una explicación naturalista, dentro de la esfera del *Sein*, de los hechos, que la sanción penal, especialmente en su manifestación como medida de seguridad, intenta transformar. Más que imputar a un supuesto de hecho —de la forma «si se comete el delito A»— la consecuencia jurídica correspondiente —la sanción penal—, en virtud del principio de imputación —«si

es A debe ser B»— que rige en el mundo jurídico, en este segundo supuesto rige la explicación causal a tenor de la que a determinada causa —la sanción penal— seguirá como efecto necesario la rehabilitación del delincuente y su reinserción en la sociedad —principio de causalidad—.

### II. LA PENNA

#### 1. El libre albedrío

Existe una intrincada y secular discusión acerca de si la acción humana es fruto de la libre determinación de la libertad o si, por el contrario, representa un eslabón más en una conexión de hechos causales que no están sometidos a aquélla. Una u otra creencia inciden en la justificación del castigo. La pena y la teoría retributiva se basan en la noción de merecimiento y justicia, en la idea de la libertad de la voluntad humana: es justo y merecido que el hombre pague por sus delitos si era libre a la hora de cometerlos y en un mal uso de esta libertad decidió realizarlos. Si hay libertad hay responsabilidad y culpabilidad y, por el contrario, si no se ha tenido la oportunidad de elegir —por ejemplo en el caso de actos realizados bajo compulsión o fuerza mayor—, no se adscribe al sujeto responsabilidad por sus acciones, de las que no es culpable. Sólo es retribuable un hecho antijurídico si ha sido realizado en base a una libre decisión de la voluntad. Para las teorías de la pena, las retributivas, la causa del delito está en la libertad de la que abusa el delincuente y no en la personalidad humana. Por eso la pena debe actuar más que sobre el sujeto delincuente sobre el delito mismo, como manifestación del libre albedrío del individuo.

## 2. La culpabilidad, como juicio de valor

Considerar que un sujeto es moralmente responsable de una acción significa emitir un juicio acerca del valor moral de ésta, que, llegado el caso, cuando la acción consiste en una ofensa o vulneración de los derechos de terceras personas, puede ser un juicio de reproche moral. Cuando se pronuncia un juicio de reproche moral se predica la responsabilidad personal del agente por la comisión de una determinada acción. El sujeto es culpable de la acción que libremente realizó. Sólo puede circunstancialmente ser excusado jurídicamente por la concurrencia de una serie de circunstancias como el error, la ignorancia, la compulsión, etc.

La culpabilidad es a la vez *fundamento* y *límite* de la pena (5). Sólo se puede castigar al culpable y sólo se le puede castigar en proporción a su culpa y hasta donde ésta llegue (6). La función del principio de culpabilidad como fundamento y límite «máximo» de la pena se halla fuera de duda. La cuestión polémica surge sobre si cabe, y hasta qué punto, fijar la pena por debajo de la medida de la culpabilidad atendiendo a los fines de la prevención especial. Así, surge la cuestión de en qué medida serían conformes con el principio de culpabilidad instituciones como

proceso de interrelaciones que la convivencia supone» (8).

Por todo ello, la culpabilidad tendría más bien una función *negativa*, la de determinar si ciertas causas —como la enfermedad mental o la coacción— nos impiden responsabilizar personalmente al delincuente, a la luz de ciencias como la Psicología y el Psicoanálisis. Se afirma así que, aunque en abstracto existiera el libre albedrío, es imposible demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no determinado delito. La existencia empírica de la culpabilidad como categoría es un presupuesto de imposible constatación. En vez de intentar fundamentar la pena en la culpabilidad, habría que basarla en la *necesidad*, bajo el punto de vista jurídico-social, como garantía de la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. La pena sería así una triste necesidad, útil para conseguir la convivencia en sociedad y evitar en lo posible la comisión de delitos (9).

## 3. La imputabilidad y responsabilidad moral

La idea de la pena, según la Escuela Clásica al menos, se corresponde con un carácter metafísico de

pensar al ofendido. La justicia correctiva tiende a dejar las cosas en la misma situación que estaban antes de que el equilibrio fuese roto por el delito. La balanza queda así nivelada por la pena, en el medio entre la pérdida de uno y la ganancia del otro. La pena se concibe a la vez como una «sustracción»: se quita al delincuente el bien mal adquirido; y como una «restitución»: se da a la víctima lo que se le quitó. Aquí no se separa el Derecho Civil y el Derecho Penal: la pena correctiva es a la vez reparación a la víctima y castigo al culpable. La justicia correctiva justifica la reparación, la compensación, las medidas reparadoras como la indemnización, en definitiva, el dar a cada uno lo suyo.

Actualmente la idea de justicia retributiva se encuentra en franca decadencia, en un siglo que pone la utilidad por encima de todo. Incluso el propio término «retributivo» está en desuso en los Diccionarios modernos. En Francia no se encuentra en el *Robert*, ni en el *Larousse*, ni incluso en el *Littré*. Hay que ir a los diccionarios de francés antiguo para encontrarlo. En los países anglosajones se mantiene la idea, aunque es significativo que se evite el término. Se prefiere la expresión «*just desert*» —lo justo merecido—. Y, sin embargo, la retribución forma parte de la naturaleza misma de la pena. La justicia retributiva tiene por misión regularizar las relaciones recíprocas entre dos partes. Estipula que debe haber una «equivalencia» entre la acción y la reacción.

**L**a concepción actual de la culpabilidad ha sido objeto de numerosas objeciones críticas. Y es que el concepto de culpabilidad está en franca crisis, con lo que no cabe augurarle otro futuro que el de ser superado en un tiempo más o menos lejano. El debate entre determinismo e indeterminismo adquiere aquí una importancia capital. En la medida en que pueda negarse la libertad de la voluntad, la culpabilidad se pondrá en tela de juicio. Habría que investigar hasta qué punto el sujeto autor de un delito, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias individuales, en su situación exterior e interior, dispuso de libertad para comportarse de una manera distinta a como lo hizo

los sustitutivos penales, la remisión condicional de la pena, la prescripción del delito o de la pena, las excusas absolutorias, la amnistía, el indulto o el perdón del ofendido (7).

La concepción actual de la culpabilidad ha sido objeto de numerosas *objeciones críticas*. Y es que el concepto de culpabilidad está en franca *crisis*, con lo que no cabe augurarle otro futuro que el de ser superado en un tiempo más o menos lejano. El debate entre determinismo e indeterminismo adquiere aquí una importancia capital. En la medida en que pueda negarse la libertad de la voluntad, la culpabilidad se pondrá en tela de juicio. La libertad de la voluntad como una cualidad abstracta del ser humano no puede presuponerse en el hombre concreto en una situación social dada. Existe una falta fáctica de libertad. Habría que investigar hasta qué punto el sujeto autor de un delito, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias individuales, en su situación exterior e interior, dispuso de libertad para comportarse de una manera distinta a como lo hizo.

Se plantea también lo *relativo* de la idea de culpabilidad, en cuanto juicio de valor y de carácter *social*: «Realmente no existe una culpabilidad en sí, como un problema exclusivo del individuo, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad es siempre una consecuencia de la convivencia humana... La convivencia supondrá una comunicación entre los miembros de la sociedad, que se concreta en que cada uno espera un comportamiento de los demás, y viceversa, esto es, se produce un sistema de expectativas. La sanción vendrá a actuar cuando las expectativas, las conductas esperadas, se frustran; de ahí que la sanción resulte también del

la sanción, que parte de presupuestos igualmente metafísicos: una concepción irreal del ser humano —delincuente como hombre con libertad plena—, de su comportamiento —delito como manifestación de una voluntad libre— y de la realidad y función del Derecho Penal —orden jurídico como manifestación del orden de la razón, necesario de mantener para conseguir la justicia absoluta—. Son planteamientos abstractos y ciegos a la realidad. El hombre es responsable porque es libre —dicen estas doctrinas—, sus actos le son imputables y es responsable moralmente de ellos.

## 4. La justicia

Una de las características de la pena es que hace efectiva la idea de justicia, quebrantada por el delito. Pero, ¿a qué tipo de justicia nos estamos refiriendo? (10).

Una exigencia elemental de la justicia es que el mal cometido sea, en la medida de lo posible, reparado por su actor. Aristóteles hablaba a este respecto de justicia correctiva. El filósofo griego concebía el delito como un acto injusto que perturbaba el «equilibrio» que de ordinario debería existir entre los ciudadanos. La sanción pretendía corregir la injusticia.

El delito es injusto en la medida en que hay una relación de desequilibrio en la que falta la reciprocidad entre el ofensor y el ofendido. El primero daña sin dar nada a cambio; el segundo pierde sin recibir nada como contrapartida. Urge, pues, restablecer el equilibrio roto. La situación se corrige cuando la ventaja obtenida por el ofensor es anulada para com-

La idea de culpabilidad juega un papel esencial. Aunque una pena infligida a un inocente pudiese prevenir el crimen, la mayor parte de la gente se opondría a ella, por considerarla injusta, precisamente conforme a esta noción de justicia retributiva. No es sino a la luz de la idea de retribución como uno puede oponerse al castigo de inocentes. Para que se justifique golpear es preciso que el otro haya golpeado primero. Es la distinción entre el *ataque* y la *defensa* lo que nos permite diferenciar entre el *delito* y la *pena*. No se mete en el mismo saco a aquel que golpea y al que le devuelve el golpe. Al atacar primero el delincuente pierde el derecho a no ser castigado que tenía cuando era inocente. Además la pena ha de ser proporcional a la gravedad de los delitos. Ésta es también una consecuencia del principio de retribución. La proporcionalidad se explica esencialmente en términos retributivos. Si hay una relación intrínseca entre el delito y la pena, deberá también existir una relación entre la importancia de uno y otra.

Existen cuatro variantes de la retribución, que sirven de respuesta a la pregunta: ¿por qué castigar al delincuente?

La primera variante no se presta a largos comentarios: se castiga por el delito cometido. Es la idea de retribución *formal*. Si deja de castigarse, deja de haber delito. La pena es un elemento esencial del concepto de delito.

La segunda versión de la retribución asimila el delito a una deuda y se basa en la idea de *reciprocidad*, de devolver bien por bien y mal por mal... Este modo de funcionar es universal. Se encuentra en los niños y en todos los pueblos conocidos. La reciprocidad es la concordancia de la reacción con la acción, para lo bueno, pero también para lo malo.

Entre las relaciones de reciprocidad se pueden destacar:

— El *intercambio*, cuando se da un «bien» a cambio, o en contraprestación, de otro.

— El *respeto mutuo*, cuando alguien se niega a causar mal a otro a cambio de una «abstención» similar de su parte.

— La *reparación*, por la cual se compensa un «perjuicio» con un «bien» en sentido contrario.

— La *retribución*, finalmente, por la cual se devuelve «mal» por «mal».

La tercera variante de la justicia retributiva es la idea de *denuncia*, *reprobación*, reafirmación de la

norma, condena... La pena se erige en protesta contra el mal, en símbolo de la indignación provocada por el crimen. Una reacción moralmente neutra a un crimen sería inapropiada; no tendría en cuenta el hecho de que el delito es esencialmente un acto reprochable.

La cuarta versión de la retribución podría recibir el nombre de *garantía*. En síntesis la idea es la siguiente. La mayoría de los ciudadanos están dispuestos a someterse voluntariamente a la ley. Pero no lo harán a menos que tengan la garantía de que los demás harán lo mismo. Aquí se castiga no para reprimir el delito, sino para honrar el contrato social. En ausencia de pena, los criminales gozarían de una ventaja decisiva sobre los no criminales. La pena anula esa ventaja. Y, lo que es más importante aún, la pena ofrece a los ciudadanos virtuosos la garantía de que no serán atacados impunemente.

### 5. Lo objetivo: el delito en su consideración objetiva, como infracción de la norma jurídica. Un Derecho penal de hecho, por el acto

La Escuela Clásica, partidaria de las penas, situaba la responsabilidad penal en el acto, en cuanto éste suponía una manifestación de la libertad del autor. Al situar la responsabilidad en el acto, pretendía objetivarla, hacerla neutral. Es un Derecho Penal de hecho, no de autor (11). Lo importante para estas doctrinas es el aspecto objetivo: el delito, en su consideración objetiva, como «acción típica, antijurídica, culpable y punible». Las condiciones subjetivas del delincuente tienen una relevancia secundaria. El Derecho Penal clásico ponía todo su esfuerzo en aislar el acto de la persona y desconocía la noción fundamental de personalidad.

### 6. El sufrimiento como bien con valor intrínseco en sí mismo

Afirmar que el sufrimiento que pueda afectar al culpable de un delito como consecuencia de la experiencia de la sanción penal es algo que posee un valor intrínseco es un argumento que ha sido más denostado que defendido. Éste es, sin embargo, el caso de las teorías retributivas de la pena, que ven en el sufrimiento que ocasiona el castigo un bien en sí mismo, más que un mal al servicio de otro bien. Es la distinción entre el «bien en sí mismo» y el «bien como medio». Esta idea está fuertemente arraigada en la noción misma de venganza, en la que un mal se equilibra con otro.

### 7. Sistemas de Derecho Penal máximo

Frente a la arbitrariedad que el absolutismo suponía, la idea de retribución supuso al menos una garantía y un límite al poder punitivo del Estado. La pena sólo se podía imponer cuando había existido un delito previo y debía ser «proporcional» a la gravedad de dicho delito. Era un modo de objetivar la aplicación de la pena, de acuerdo con la idea de igualdad —«que a delitos iguales correspondan penas iguales»— y dentro del espíritu dado a las leyes, leyes que aparecían como manifestación de la voluntad de los ciudadanos y garantía del ejercicio de dicha voluntad.

Podríamos decir en este sentido que los sistemas retributivos son sistemas de Derecho Penal máximo, puesto que se exige que todo esté tipificado por la ley penal —*nulla poena sine lege*—. Pero no cabría calificarlos así si lo que queremos es dar cuenta de su carácter garantista, que supuso un freno frente a los abusos de la época precedente.

Podrían enunciarse diez axiomas del garantismo penal:

1. *Nulla poena sine crimine.*
2. *Nullum crimen sine lege.*

3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

4. *Nulla necessitas sine iniuria.*

5. *Nulla iniuria sine actione.*

6. *Nulla actio sine culpa.*

7. *Nulla culpa sine indicio.*

8. *Nullum indicium sine accusatione.*

9. *Nulla accusatio sine probatione.*

10. *Nulla probatio sine defensione.*

Estos principios y las garantías penales y procesales por ellos expresadas se denominan respectivamente:

1. Principio de *retribución* o de la sucesividad de la pena respecto del delito;
2. Principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto;
3. Principio de *necesidad* o de economía del Derecho Penal;
4. Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto;
5. Principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción;
6. Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal;
7. Principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto;
8. Principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación;
9. Principio de la *carga de la prueba* o de verificación;
10. Principio de *contradicción*, de la defensa, o de la refutación (12).

Tampoco es ajena la idea de la pena y la retribución al pensamiento «mercantilista», con la burgue-

en virtud del principio de las dos espadas: «Hay que dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios».

## 9. El delito como pecado

En la etapa primitiva se consideraba el delito como infracción no sólo del orden jurídico, sino también del orden moral, y al delincuente como a un hombre malo al que había que corregir y enmendar, a través de la expiación de su culpa. Se olvida que hay hombres buenos culpables de un delito y, a la inversa, sujetos malos, pero inocentes del mismo.

## III. LA MEDIDA DE SEGURIDAD

### 1. El determinismo y la necesidad social

Según la tesis determinista los individuos carecerían de libertad para actuar como lo hacen y, por lo tanto, no merecen ser castigados o, al menos, no con una pena, sino con una medida de seguridad.

Podría defenderse una versión *extrema* del determinismo a tenor de la cual el ser humano estaría *totalmente* determinado en sus acciones por factores ajenos a su voluntad y no sería en absoluto libre. Sin embargo, no todo determinismo adquiere este alcance. Existen versiones *moderadas* del mismo, que mantienen que el hombre está *en cierta medida y sólo en cierta medida* determinado a la hora de actuar. Se trata de una manifestación débil de la teoría determinista, que compatibiliza causalidad natural y libertad: los actos humanos son causados, siendo una de las causas que los determina la libertad y la voluntad humanas. Libertad y causalidad no son conceptos incompatibles. Lo que sí niega realmente la posibilidad de la libertad y se opone a ella es la *compulsión*. Es la diferencia entre el vulgar *ladrón* y el auténtico *cleptomano* que, decida lo que decida, no puede dejar de robar. La libertad sería la posibilidad de ser diferente a como se es a la luz de los deseos actuales, de formar actos volitivos no instintivos, sino de segundo orden.

De modo similar, frente al indeterminismo *absoluto, extremo o fuerte* —que supondría la ausencia de causalidad y es, por tanto, difícilmente sostenible—

Afirmar que el sufrimiento que pueda afectar al culpable de un delito como consecuencia de la experiencia de la sanción penal es algo que posee un valor intrínseco es un argumento que ha sido más denostado que defendido. Éste es, sin embargo, el caso de las teorías retributivas de la pena, que ven en el sufrimiento que ocasiona el castigo un bien en sí mismo, más que un mal al servicio de otro bien. Es la distinción entre el «bien en sí mismo» y el «bien como medio». Esta idea está fuertemente arraigada en la noción misma de venganza, en la que un mal se equilibra con otro

sía como clase propagadora. Incluso términos como «deuda» y «pago» se han utilizado históricamente como sinónimos de delito y pena.

### 8. La fusión Derecho-Moral

La concepción clásica de la pena es propia de una época en la que se identifica el delito con el pecado y se mezclan la esfera del Derecho y la de la Moral, en un mundo impregnado por las concepciones religiosas y metafísicas del Derecho Penal y del derecho a castigar. Esta mentalidad será poco a poco superada,

se encontraría la versión *débil, relativa o moderada* del indeterminismo, que, sobre un fondo de libertad humana, admitiría la posibilidad en determinados supuestos de acciones condicionadas por motivos totalmente externos a la voluntad del agente. A nuestro juicio son las versiones eclécticas, intermedias o moderadas las únicas que tienen un sustento científico y son defendibles.

¿Qué significa exactamente que una acción es *causada* y no libre? Decir que algo es causa de un efecto X implica, ni más ni menos, que decir que es un factor *suficiente* para producir dicho efecto. Pode-

mos decir, en este sentido, que, dada la existencia de una causa o una serie de causas, se sigue ciertamente un efecto, que debe producirse necesariamente. Afirmar que todas las acciones son causadas —determinismo en sentido fuerte—, en este sentido, sería tanto como afirmar que toda elección, decisión y acción humana son la consecuencia necesaria de una causa precedente. Así se dice que algunos estados mentales son consecuencia de causas mentales, que, para los más radicales, serían incluso causas físicas. De tal manera que si cambiamos la causa o estímulo físico cambiamos igualmente la conducta. En este sentido los avances de la Neurología y la Psiquiatría en los últimos años demuestran que algunas alteraciones químicas o eléctricas —a través de drogas medicinales o tratamientos neurológicos— pueden manipular las emociones y evitar la ira, el miedo o la obsesión y producir bienestar, relajación, alegría o satisfacción. Esto supone un reto a las creencias ordinarias sobre la responsabilidad y la capacidad de elección, si extrapolamos la consecuencia de que todo trastorno mental deriva de una causa precedente, la mayoría de las veces física. Pero podemos también conciliar libertad y determinismo, como mundos no totalmente incompatibles. Pese a que existe un grado de causalidad en nuestras acciones y elecciones, sin embargo, mantendríamos un cierto porcentaje de libertad en ellas. Determinismo y causalidad son compatibles en sus versiones débiles.

Para entender esto mejor, debemos volver sobre el significado de la palabra libertad y las palabras afines. Para aquellos que mantienen la tesis conciliadora, «libre» significa «no constreñido», «no necesario». Pero una decisión causada no es forzosamente una decisión necesaria. Del hecho de que la decisión que tomé obedezca a una causa no se deriva que yo no quisiese tomar esa decisión. Originariamente se decía que un hombre era libre si no se veía privado de hacer lo que le apetecía por una fuerza física externa a él. El ejemplo paradigmático de falta de libertad era la estancia en prisión. La libertad significaría así lo contrario a la «compulsión»: un individuo es libre si no actúa compelido por una fuerza mayor que no le da margen de opción ni capacidad de elección alguna, que le obliguen a actuar contra sus deseos. Por ejemplo, no es libre si está encerrado o encadenado o si alguien le amenaza con una pistola para que realice algo que no desea hacer. Por el contrario, el sujeto es libre si decide lo que quiere hacer, no presionado por fuerzas externas o internas, y lo decide conforme a su peculiar modo de ser y naturaleza. La afirmación de que una decisión es libre implica algo explícito y algo implícito. Lo explícito es que no se está sometido a compulsión. Lo implícito, que la decisión no es una consecuencia causalmente necesaria.

Existe otro argumento, relacionado con el anterior, que compatibiliza libertad y determinismo. Según él lo crucial para saber si una acción es libre es ver si podríamos haber obrado *de otra manera* a como lo hicimos, si así lo hubiésemos decidido. En este sentido no existe razón alguna para afirmar que son posibles las acciones libres si nos manifestamos partidarios del determinismo. Tampoco si asimilamos determinismo con «mecanicismo», es decir ese tipo de determinismo que entraña un rechazo a la libertad en base a que los hechos están causados físicamente de manera automática o mecánica sin margen alguno para la libertad. Pero esto no es así. *Los científicos podrán algún día llegar a encontrar explicaciones físicas y mecánicas a todas las cuestiones físicas, pero no todas las cuestiones son cuestiones físicas.* Del mismo modo que el juego de ajedrez se gobierna tanto por las reglas del juego, que establecen las posibilidades de movimiento de cada pieza, pero cada jugador, con su audacia, reflexión, inteligencia o estupidez, realizará movimientos distintos, elecciones diferentes, que darán lugar a partidas igualmente distintas, o con las reglas de la prosa, la gramática y la ortografía, que no impedirán que cada escritor desarrolle luego su propio estilo, de igual manera, las acciones humanas, dentro de unos márgenes causales, pueden mantenerse libres y ser responsabilidad del sujeto que actúa.

Es lo mismo que pasa con la distinción entre «movimiento» y «acción», uno mecánico, otra responsa-

ble y libre. Es un error, se nos dice, considerar las causas físicas o psicológicas de los movimientos corporales como causas también de las acciones. Así, la explicación causal física de por qué se mueven las piernas y los brazos será útil, pero los seres humanos, en la medida en que son seres dotados de inteligencia y voluntad, podrán mover sus extremidades «porque quieren». Una cosa es la explicación causal de por qué se alza una mano: porque hay un impulso que parte del cerebro y llega hasta el miembro, movido por un estímulo. Pero, dicha explicación mecánica del «movimiento» de la mano no siempre es suficiente para aclarar la «acción» de qué «quería» cuando alcé la mano: hacerme notar, resolver una duda y formular una cuestión que me intrigaba, matar una mosca, etc. Nada de lo verdaderamente humano deriva automáticamente de los movimientos físicos y biológicos causados. La inteligencia, la voluntad y la libertad tienen algo que decir. Por eso es por lo que se pueden inhibir reacciones impulsivas como la rabia, la vergüenza o la ira y perdonar a una persona una mala acción si, dado el caso, se considera que es alguien no responsable de sus actos. Causalmente esto sería inexplicable. No así cuando el componente genuinamente humano y espiritual entra en acción.

Ahí reside también la explicación de la posibilidad de existencia de «juicios y opiniones». Si sólo cupiese la verdad, como absoluto —blanco o negro— verdadero al cien por cien, no tendría sentido que cada uno pudiese opinar y dar su versión de la verdad: la verdad relativa, mi verdad. Si el determinismo es cierto en su versión fuerte, no cabría la posibilidad de formar juicios o tomar decisiones. Una cosa es que algo sea verdadero o falso, lo cual depende de su concordancia o no con hechos externos. Ahora no nos interesan las condiciones de la verdad. Más bien lo que nos importa es destacar que un individuo puede tener una creencia y formular un juicio, independientemente de que éste se adecue a la verdad. Para admitir la posibilidad de formar juicios es preciso reconocer un margen de libertad que nos permita alejarnos de la constatación axiomática de la veracidad de los mismos (13).

Pueden hacerse más objeciones al determinismo en su versión fuerte. Una de ellas descansa en la idea de que *todo conocimiento científico es intrínsecamente «aproximativo»*. Las teorías científicas dejan siempre escapar pequeños detalles. Habrá por lo tanto siempre suficiente campo de acción para el indeterminismo.

La doctrina determinista hace como si el «futuro» pudiese ser contemplado de la misma manera que el pasado, cuando todos sabemos que el pasado y el futuro tienen diferente naturaleza. El pasado viene determinado por aquello que ha sucedido. Está en su propia definición: el pasado es como una roca de granito que no puede cambiarse. Por el contrario, el futuro es totalmente distinto: se encuentra abierto al juego de posibilidades y a su construcción por el ser humano que actúa. El futuro no se halla en el momento presente determinado y fijado completamente. El futuro, a diferencia del pasado, que se encuentra cerrado de una vez por todas, permanece aún abierto. Podemos actuar sobre él.

Por eso recordamos una vez más que saber que el determinismo existe es una cosa, pero pretender que el universo está totalmente determinado es otra bien distinta. Esta última idea no es científica. ¿Cuál es sino el campo dejado a la *creatividad y a la libertad humanas*? Tal vez no se pueda concluir que existe un indeterminismo absoluto. Hay acontecimientos claramente previsible. Nuestro universo es parcialmente causal, parcialmente probabilístico y parcialmente abierto: es emergente. El determinismo radical es criticado por la Sociología, la Filosofía y la Psicología. Es criticado por la *Sociología* porque no alcanza a explicar fenómenos tan importantes como *los conflictos, el cambio social* y los efectos perversos. Para comprender tales realidades hace falta acudir a las nociones de elección, decisión, anticipación y libertad. Lo mismo ocurre en el dominio de la *Psicología*. En ella no se trata de negar la existencia de comportamientos compulsivos, sino de afirmar que éstos son comportamientos raros —considerados pa-

tológicos—, ligados generalmente a taras psíquicas. La mayor parte de las veces, la generalidad de la gente no tiene la impresión de obrar compulsivamente, sino con un margen razonable de libertad. La vida cotidiana nos ofrece cantidad de ejemplos de ocasiones en las cuales tenemos la posibilidad de optar entre todo un abanico de respuestas, y es sólo excepcionalmente cuando nos dejamos llevar por la cólera extrema y perdemos el control de nuestros actos.

Los individuos que cometen delitos pueden agruparse en tres categorías generales: los irresponsables, los individuos plenamente responsables y los que no lo son más que parcialmente. Consideramos libres las decisiones tomadas por seres humanos que, con inteligencia y voluntad, son capaces de distinguir entre el bien y el mal y que no se hallan constreñidos a actuar en contra de su voluntad. Pero que una decisión sea libre no quiere decir que escape a toda influencia externa, sino que esta influencia no es irresistible. La responsabilidad de un delincuente se encuentra disminuida cuando su capacidad de resistir a las tentaciones está debilitada debido a una serie de factores: la inmadurez, la pobreza, el alcoholismo, la presión de las circunstancias... Los delitos de los jóvenes se contemplan con más indulgencia puesto que a éstos les resulta más difícil controlar sus impulsos. A un pobre que pasa necesidad le será más difícil respetar la propiedad ajena que a un rico, que lo tiene todo. Es más difícil controlar los propios impulsos en estado de embriaguez que cuando uno está sobrio. Lo que ocurre es que es difícil resistirse a ciertas tentaciones. Pero es evidente que existe la posibilidad de hacerlo. Reconocer la libertad de que gozan los delincuentes es reconocer su dignidad como seres humanos. Negar la capacidad de un ser humano de elegir racionalmente equivale a negarle su condición de persona (14).

## 2. La peligrosidad, como juicio de probabilidad

El determinismo, aún en su versión moderada, afecta a la formulación de juicios de valor de reproche moral. La aceptación de que la acción humana debe su causa a factores que se hallan fuera del control del sujeto hace que los únicos juicios que se puedan hacer sean de carácter utilitarista, sobre su peligrosidad, como cuestión que preocupa a la autoridad que sanciona, cara al futuro, por si es probable que el sujeto reincida —juicio de probabilidad— (15).

Si partimos de la existencia en la vida social de *actitudes reactivas*, tales como la gratitud, el resentimiento, el perdón, la estima, la indignación, etc. (16), y centrándonos en el *resentimiento*, como una de las actitudes reactivas más usuales por parte de la sociedad cuando se produce el delito, cabría afirmar que el ser humano tiene la capacidad de modificar, o incluso neutralizar, esta forma de reacción, cuando la voluntad proviene de un sujeto psicológicamente anormal o moralmente incapaz, es decir de un sujeto determinado por condicionamientos externos a su voluntad a delinquir.

## 3. La responsabilidad o necesidad social

La idea que preside la imposición de medidas de seguridad es la idea de necesidad social. Puesto que el sujeto se halla determinado en gran parte a delinquir, el delito se concibe como algo necesario en toda sociedad con un cierto margen de adaptación. Es por ello tarea del Estado responder ante la necesidad que la sociedad tiene a su vez de defenderse frente a estos actos de quebrantamiento del orden jurídico.

## 4. La utilidad. La seguridad

Es propio de la fundamentación relativa de la sanción el buscar la utilidad futura, más que la justicia retributiva. En concreto en estas teorías estamos

ante una versión del utilitarismo, el llamado utilitarismo *ex parte populi*, característico de la Filosofía penal de origen contractualista e ilustrado, y que tiene como referencia el bienestar o la utilidad no ya de los gobernantes —utilitarismo *ex parte principis*—, sino de los gobernados. Las leyes están hechas para la utilidad de los ciudadanos.

Otra idea esencial por la cual se castiga es la idea de *seguridad*. Se imponen sanciones penales para asegurarse de que el crimen volverá a cometerse en el futuro y para que la gente pueda circular tranquila por donde quiera sin miedo a ser atacada. La seguridad es la ausencia de daño y la tranquilidad de espíritu de ella derivada. La gente goza de seguridad cuando no se siente expuesta al crimen. La seguridad tiene que ver con la escasez de atentados contra la vida o los bienes de la colectividad: es su dimensión *objetiva*. Tiene que ver también, como consecuencia de lo anterior, con el sentimiento de tranquilidad y de confianza: es su dimensión *subjetiva*. No es preciso aquí argumentar indefinidamente sobre los beneficios de la seguridad. La misma es indispensable para el surgimiento de un tejido social, sin el que el ser humano no podría realizarse. En ausencia de seguridad, la libertad y la prosperidad se convierten en bienes inaccesibles (17).

## 5. Lo subjetivo: el delincuente. El delito en su aspecto social, como infracción del orden social. Un Derecho Penal de autor

Frente a la primacía otorgada por las Escuelas defensoras de la pena a los aspectos objetivos, al delito en su consideración objetiva, como «acción típica, antijurídica, culpable y punible», en las teorías relativas, partidarias de las medidas de seguridad, se pasa a dar prioridad al otro polo del binomio: a los aspectos subjetivos, esto es al delincuente, teniendo en cuenta que, aunque se trate de una misma acción, de un mismo delito, estaremos siempre necesariamente ante sujetos distintos, con diferentes personalidades criminales. Adaptar la sanción penal a ellas es una de las características de las medidas a adoptar. El delito no es sino el síntoma de que algo falla en el individuo, adquiriendo un papel secundario respecto al desempeñado por el delincuente. Además el delito no se considera tanto en su aspecto objetivo —antes indicado—, como en su faceta o vertiente social, como infracción o quebrantamiento del orden social. Frente a un Derecho penal por el hecho, ahora debemos hablar de un Derecho Penal de autor. Esta toma en consideración del autor en el análisis del Derecho Penal es fruto de una evolución de dicho Derecho, debida principalmente a las investigaciones criminológicas.

En cualquier caso, el acto en que consiste el delito debería considerarse siempre como motivo-límite de la intervención penal, como garantía de seguridad. Cualquier tipo de trastorno, por mucho que desvele una personalidad peligrosa en su autor no debería merecer sanción penal si no puede incluirse en un tipo penal. Si se admitiera la responsabilidad penal en base no al delito cometido, sino, por ejemplo, a presunciones de futura criminalidad, según una personalidad más o menos inadaptada, se permitirían todo tipo de arbitrariedad y de abusos del poder.

El Derecho Penal Moderno y la Criminología se esfuerzan en unir los conceptos de acto y personalidad que habían permanecido separados y sin relación para el Derecho Penal clásico. El problema moderno ha consistido en establecer un equilibrio entre ambos elementos: el acto, sobre el que reposa la legalidad de la persecución, y la personalidad, que sirve de fundamento al tratamiento individualizado.

## 6. El sufrimiento como medio para un bien

Las teorías utilitaristas, partidarias de la prevención y de las medidas de seguridad, cuestionan la idea de retribución del mal con otro mal y de consi-

deración del sufrimiento en que consiste el castigo como un bien en sí mismo. Dicho sufrimiento sería, a lo sumo, un mal medio para un bien: la enmienda del delincuente, la paz social, la intimidación cara a futuros actos delictivos, etc.

Aunque pudiésemos justificar los padecimientos del ofensor, del delincuente, como pretenden los partidarios de las teorías retributivas, en base a su culpabilidad, ¿cómo justificar la imposición deliberada por parte de alguien de tales padecimientos? Es cierto, él es culpable, pero ¿quién soy yo para erigirme en juez de otro ser humano?, es básicamente lo que este argumento viene a decirnos. Llevado al caso extremo, de la pena capital, afortunadamente hoy en franco retroceso, ¿cómo justificar la figura, claramente amoral, del verdugo, alguien que se erige en ejecutor de la muerte de otro ser humano? *Sufrir no es lo mismo que infligir sufrimiento*, lo cual implica alguien que establece leyes que dicen lo que está bien o mal con carácter general para todos los componentes de la población de un Estado, alguien que aplica la ley, pero que no está desprovisto de prejuicios de todo tipo y de la posibilidad de errores de apreciación en el juicio, y alguien que ejecuta la condena en instituciones que a menudo sirven para todo menos para lo que originariamente fueron ideadas. Lo anterior está en relación con el tema más amplio, que aquí dejamos sólo apuntado, de la naturaleza y justificación de la coacción estatal (18).

## 7. Sistemas de Derecho penal mínimo

El liberalismo decimonónico será superado por los sistemas y teorías relativas, que tendrán en cuenta no sólo la seguridad jurídica y la igualdad de tratamiento, sino las circunstancias personales del delincuente. En esta línea podríamos calificar estos segundos de sistemas de Derecho penal mínimo. Así, de la misma manera que en sus orígenes, en el Estado liberal, el principio de legalidad se concreto en las leyes y en la codificación y elaboración de Códigos Penales, no puede ignorarse que el principio de legalidad ha sufrido una evolución en el tiempo, a la que luego aludiremos. El *nulla poena sine lege* ha ido perdiendo paulatinamente su carácter absoluto, significando sólo que la pena debe ser prevista por la ley de una manera abstracta, con la fijación de unos límites máximos y mínimos, dentro de los cuales, especialmente en las teorías relativas, partidarias de las medidas de seguridad, el juez puede ejercer su poder. Asimismo la ejecución de la pena vendrá determinada por factores sociales y por la realidad concreta de los individuos a los que se aplica. Se trataría «en este sentido» de sistemas de Derecho Penal mínimo: está permitido todo salvo lo expresamente prohibido y no a la inversa: está prohibido todo salvo lo expresamente permitido.

El principio de legalidad no es ya un principio simplemente formal, sino que se transforma de acuerdo con las transformaciones políticas y jurídicas. La retribución fija sólo el marco: la sanción penal debe ser siempre posterior al delito y de una gravedad proporcional a él; quedando entre tan amplios márgenes lugar suficiente para alojar un rico contenido de medios orientados a los fines preventivos, siempre presentes. Al castigar, con la *pena* retributiva de que hablaron Kant o Hegel se exigía que el mal siguiese al mal, se hablaba de expiación, de compensación. Con la *sanción penal* retributiva —que engloba un concepto más moderno y amplio; por ejemplo se incluyen las medidas de seguridad—, la sanción se considera una «amarga necesidad». El que la impone no se siente ya «superior» al reo. No sabemos qué es lo que ha llevado al sujeto a delinquir y, si en alguna medida, la sociedad no será también responsable de los delitos que dentro de ella se cometen. Se tiende a no imponer sufrimientos innecesarios, a un Derecho penal mínimo: sólo cuando de un modo más suave no se puede impedir el delito.

Hubo un tiempo en que se decía «a cada uno según su rango» y así al que mataba y era noble se le decapi-

taba, mientras al que era plebeyo se le descuartizaba; después se llegó a otro concepto que era: «a cada uno según sus bienes», es decir que la persona rica encontraba una justicia más indulgente que la pobre. Después se pasó a un criterio mejor, que decía: «a cada uno según sus méritos». Actualmente nos estamos aproximando a una época en la que el criterio será «a cada uno según sus necesidades». Lo que hay que evitar es que a un excesivo juridismo en la sanción penal le suceda un excesivo cientifismo, tan criticable como el primero, por suponer falta de garantías.

Los principios enunciados son propios de un Estado de Derecho, partidario de un «Derecho Penal mínimo». Frente a ellos se encuentra la arbitrariedad propia de los Estados absolutos o totalitarios, con un «Derecho Penal máximo». En el primer modelo el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial —o de los contenidos penalmente relevantes— y en el procesal —o de las formas procesalmente vinculantes—. En el segundo los poderes públicos son *legibus soluti* o *totales*, es decir, no disciplinados por la ley y, por tanto, carentes de límites y condiciones (19).

## 8. La separación Derecho-Moral y la fusión Derecho-Naturaleza

Así como veíamos que las teorías retributivas, partidarias de la pena, fusionaban el Derecho con la Moral, las teorías relativas, defensoras de las medidas de seguridad, separan ambos órdenes normativos de la conducta humana, para realizar una nueva identificación, la del Derecho con la Naturaleza. El Derecho se asemeja a las Ciencias de la naturaleza y el fenómeno de la delincuencia intenta explicarse en base a razonamientos físicos y causales.

## 9. El delito como enfermedad

El delito deja de contemplarse como un pecado, al modo en que se hacía en las concepciones absolutas y metafísicas anteriores. Ahora se considera como una enfermedad, con un sustrato biológico e incluso genético. El delincuente es visto como alguien enfermo al que hay que tratar. Es la idea de tratamiento, frente a su predecesora, la enmienda moral.

## Notas

(1) Esta definición es recogida, de Cuello Calón, por Borja MAPELLI CAFFARENA y Juan TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed, Madrid, Civitas, 1996, pág. 29. Sobre el tema, ver K.G. ARMSTRONG, «The Retributivist Hits Back», en *Mind*, vol. 70, 1961, págs. 471-491; reimpr. en H.B. Acton (ed.), *The Philosophy of Punishment*, London, Macmillan, 1969. Andrew Ashworth, *Sentencing and Penal Policy*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1983. M. Atkinson, «Justified and Deserved Punishments», en *Mind*, vol. 78, 1969, págs. 354-374.

(2) Borja MAPELLI CAFFARENA/Juan TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., págs. 47-53.

(3) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, «Las penas y las medidas de seguridad (Ponencia al tercer tema del VI Congreso Internacional de Derecho Penal)», en *El Criminalista*, 2.ª serie, t. II, Buenos Aires, Ed. V.P. de Zavalia, 1958. Del mismo autor también *La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 6.ª ed., 1973. Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed. revisada y puesta al día en colaboración con María Dolores Fernández Rodríguez, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 111. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», en *Rev. Cen. Leg. Jur.*, Madrid, Reus, 1965.

(4) Sobre el tema, Francisco Felipe OLESA MUÑIZ, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, Bosch, 1951.

(5) QUINTANO RIPOLLÉS, «Culpabilidad y retribución como premisas de la justicia penal», en *Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra. Estudios Jurídico-Sociales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1950, págs. 1027 y ss. Del mismo autor, ver también «La evolución del Derecho penal moderno ("contra corriente")», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1957.

(6) José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, prólogo de Siro García, Madrid, COLEX, 1997, pág. 59.

(7) José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...*, op. cit., pág. 65.

(8) Francisco MUÑOZ CONDE, «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1975, pág. 4. Sobre el tema de la culpa destaca el análisis de Herbert Morris (1928) (ed.), *Freedom and Responsibility*, Standford, Standford University Press, 1961. «Persons and Punishment», en *The Monist*, 52, 1968, págs. 475-501. «Guilt and Punishment», en *Personalist*, 52, 1971, págs. 305-321. *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkeley, University of California Press, 1976. «A Paternalistic Theory of Punishment», en *American Philosophical Quarterly*, 18, 4, 1981, págs. 263-271.

(9) José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena...*, op. cit., págs. 60-61.

(10) Maurice CUSSON, *Pourquoi punir?* Paris, Dalloz, 1987, págs. 75-89. Wojciech SADURSKI, «Distributive Justice and the Theory of Punishment», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 1, 1985, págs. 47 y ss.

(11) Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA, *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, op. cit., págs. 88 y 139.

(12) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de Norberto Bobbio, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1.ª ed. 1995, 2.ª ed. 1997, 3.ª ed. 1998, pág. 93.

(13) Ted HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications*, Harmondsworth, Baltimore, Maryland, Penguin Books, 1969 (edición por la que citamos). Ed. Revisada, Harmondsworth-Baltimore (etc.), Penguin, 1976. Hay edición anterior: London, Hutchinson, 1969; Harmondsworth, Penguin Books, 1984; hay edición revisada en Cambridge, Polity, 1989, págs. 113-158.

(14) Maurice CUSSON, *Pourquoi punir?*, op. cit., págs. 110-117.

(15) Jean E. FLOUD, «Dangerousness and Criminal Justice», en *The British Journal of Criminology*, vol. 22, núm. 3, págs. 213-228. Jean E. Floud-Warren Young, *Dangerousness and Criminal Justice*, London, Heinemann, 1981.

(16) Según P. STRAWSON, «Freedom and Resentment», en *Proceedings of the British Academy*, XLVIII, 1962, págs. 1-25, citado por J. Betegón, *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, págs. 290-293, existirían distintos tipos de actitudes reactivas:

— Aquellas que consisten en una respuesta frente a la calidad de las intenciones de los demás, fundamentalmente a través de la gratitud o el resentimiento —este último sería la reacción propia frente al agravio o la indiferencia—.

— Aquellas que se dan respecto a la calidad de la voluntad ajena cuando ésta se dirige hacia terceras personas, cuando no es el interés o la dignidad propios los que están en juego. Suelen expresar sentimientos de aprobación o indignación moral.

— Aquellas que se asocian a exigencias de uno mismo para con los demás, y que pueden generar sentimientos de culpa, remordimiento o vergüenza.

(17) Maurice CUSSON, *Pourquoi punir?*, op. cit., págs. 103-105.

(18) Hay quienes, como Gertrude Ezorsky, proponen una limitación cuantitativa de la cantidad de castigo a través de una especie de operación matemática en la que sustraeríamos del sufrimiento que el castigo implica aquel sufrimiento que el sujeto hubiese ya experimentado a lo largo de su vida por sus especiales circunstancias personales, familiares y sociales. Esto conduce, sin embargo, a resultados inaceptables como el de concebir que el delincuente «tiene derecho» a cometer una ofensa en un momento posterior, puesto que el daño causado a la sociedad quedaría compensado por el previo sufrimiento inmerecidamente causado por la sociedad al sujeto en su vida anterior. Gertrude EZORSKY, «The Ethics of Punishment», Albany, State University of New York Press, 1972, págs. XXIV-XXV. Pero, para que se pueda producir una compensación entre las deudas de merecimiento que contrae el individuo respecto al Estado —por ejemplo, el pago de impuestos— y los créditos de merecimiento de los que es titular frente a éste —por ejemplo el haber merecido una condecoración—, como en el caso del castigo, «se requiere, como mínimo, una relación probable entre ciertos sufrimientos pretéritos y el daño presente».

(19) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pág. 104.

## La sentencia del día



### PARALIZACIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA POR VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A LA LIBRE DESIGNACIÓN DE ABOGADO

2076—TC Sala Primera S 20 Dic. 2005.—Ponente: Casas Baamonde, María Emilia.

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.—Asistencia letrada.—Supuesto concreto de vulneración.—Asignación de abogado de oficio pese a la expresa designación de letrado.

No basta con la designación de abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho a la asistencia letrada —art. 24.2 CE—, sino que es preciso que éste asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. Es más, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el interesado de designar un letrado de su elección y justificar la asignación de un letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada del derecho a la libre designación de abogado. Salvo muy excepcionales circunstancias —previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente

lícito, perseguido—, la libre designación debe primar sobre la asignación de oficio; la única situación en la que se permite la imposición de un letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el art. 527 a) LECrim. Pues bien, en el caso no concurre ninguna circunstancia excepcional y tampoco está previsto en la L 3/2003 de 14 Mar. (orden europea de detención y entrega) (LA LEY-LEG. 449/2003), de ahí que los autos impugnados vulneren el derecho invocado, por haberse designado un abogado de oficio al recurrente pese a su expresa designación de letrado. Siendo subsanable tal vulneración, procede la retroacción de actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista, a fin de que vuelva a celebrarse con respeto del derecho fundamental.

**Normas aplicadas:** art. 24.2 CE; L 3/2003 de 14 Mar. (orden europea de detención y entrega) (LA LEY-LEG. 449/2003); art. 527 a) LECrim.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por D.ª María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, D. Manuel Aragón Reyes y D. Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4760-2004, promovido por D. Benavente N. G., representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª Silvia Ayuso Gallego y asistido por la Abogada D.ª María del Mar Vega Mallo, contra el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2004, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2004, Rollo de Sala núm. 61/2004, procedimiento de Euroorden 9/2004, por el que se accede a la entrega a Francia del demandante, solicitada en virtud de Orden Europea de Detención; y contra los Autos de 14 y 23 de abril de 2004 del Juzgado Central de Instrucción, y de 27 de mayo de la Sala

de lo Penal de la Audiencia Nacional por los que se acuerda y confirma la prisión provisional del recurrente. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

(...)

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2004 por el que se accede a la entrega a Francia del demandante, solicitada en virtud de Euroorden, y contra el Auto posterior de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2004, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra aquél. Está fundado en dos quejas. De una parte, en la vulneración del derecho a la libertad y a ser informado de los derechos y de los motivos de la detención (arts. 17.1 y 17.3 CE), producida con ocasión de la detención en Murcia para el cumplimiento de una pena impuesta por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que no es informado de sus derechos, así como con ocasión del traslado a Madrid debido a la Orden Europea de Detención expedida por Francia, no siendo informado de los motivos del traslado hasta el día siguiente. De otra, en la vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE, en relación con el derecho a la de-

fensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en que habría incurrido la Audiencia Nacional al asignarle un Abogado de oficio para la comparecencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, pese a la solicitud expresa de ser asistido por un Abogado de su confianza. En efecto, de las actuaciones deriva que el demandante de amparo designó Abogado en la lectura de derechos el día 14 de abril y, sin embargo, la comparecencia efectuada a los efectos del art. 14 de la Ley 3/2003 y de la prisión provisional (art. 504 bis LECrim.) se efectuó sin la presencia de la Letrada designada, sino con una Letrada de oficio.

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación de la demanda presentada, por considerar que, respecto de la primera queja, consta en autos la efectiva lectura de derechos firmada por el recurrente, habiendo sido informado de los motivos de la detención; y en relación con la segunda, que, pese a poder tratarse de una irregularidad procesal, de tal irregularidad no se habría derivado una indefensión material.

2. En el marco del primer motivo de amparo, sitúa el recurrente la vulneración de su derecho a ser informado de sus derechos como detenido y de los motivos de la detención (art. 17.3 CE) en dos mo-

mentos distintos: en primer lugar, cuando es detenido por la Guardia Civil en Zarcilla de Ramos (Murcia) en virtud de la Ejecutoria 14/2004 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, al no ser informado de sus derechos; y en segundo lugar, cuando es trasladado a Madrid como consecuencia de la incoación del procedimiento de Euroorden 9/2004 por el Juzgado Central de Instrucción, al no ser informado de los motivos del traslado.

La primera vertiente de la queja debe ser desestimada por cuanto no resulta acreditada la base fáctica en que se sustenta. Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, obra en las actuaciones (folios 655 y 656 de la Ejecutoria) la diligencia de lectura de derechos practicada con ocasión de la detención realizada en la citada localidad el día 12 de abril a las 9 horas, en la cual figura (al folio 656) la firma del recurrente, de apariencia idéntica a la que consta en el resto de diligencias que ha firmado, como, por ejemplo, la diligencia de información de derechos posteriormente practicada en el Juzgado Central de Instrucción (folio 125 del expediente sobre Euroorden). En consecuencia, constando realizada la pertinente lectura de derechos e información al detenido de las razones de su detención, la alegada vulneración del art. 17.3 CE carece de base.

3. Tampoco en ese segundo momento citado cabe apreciar vulneración alguna del art. 17.3 CE. En efecto, tal como puso de manifiesto la STC 21/1997, de 10 de febrero (LA LEY JURIS. 3830/1997), FJ 5 —que el mismo recurrente cita en su demanda—, las garantías del detenido de ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, adquieren su sentido protector ante la situación, establecida en el art. 520.1 LECrim, en que hayan de realizarse, tras la detención preventiva de una persona y su conducción a dependencias policiales, diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, incluida la declaración del detenido, dada la innegable importancia de dichas garantías para el ejercicio de la defensa y siendo su finalidad, como afirmamos en la citada Sentencia, y en otras anteriores a las que aquélla remite [SSTC 107/1985, de 7 de octubre (LA LEY JURIS. 65154-NS/0000), FJ 3; 196/1987, de 11 de diciembre (LA LEY JURIS. 903-TC/1988), FJ 5, y 341/1993, de 18 de noviembre (LA LEY JURIS. 2272-TC/1993), FJ 6], la de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la detención implica no produzca en ningún caso la indefensión del afectado.

Pues bien, de lo acabado de afirmar podemos concluir que en el traslado a Madrid del recurrente el día 13 de abril, aun cuando estuviera motivado por el Expediente de Euroorden incoado por el Juzgado Central de Instrucción, no se da esa citada situación en la que deban ser satisfechas las exigencias de defensa conforme al sentido y finalidad del art. 17.3 CE, pues ninguna diligencia de esclarecimiento de los hechos ni de incoación de un procedimiento se practica. Tal situación no se produce hasta la celebración de la comparecencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, momento en el que el recurrente está ya debidamente informado de las razones del traslado, de su condición de detenido y sus derechos constitucionales. Por todo ello, en suma, debe descartarse la alegada vulneración del derecho consagrado en el art. 17.3 CE.

4. El examen del segundo motivo que sustenta la demanda de amparo requiere, con carácter previo, delimitar el alcance de la pretensión y determinar el derecho fundamental en este caso afectado, esto es, el derecho a la asistencia letrada del imputado o acusado en el proceso penal (art. 24.2 CE).

En cuanto a lo primero, el demandante dirige su queja tanto contra el Auto de 24 de mayo de 2004 por el que se acuerda la entrega —y contra el Auto de 14 de junio que, desestimando el incidente de nulidad, confirma el anterior—, como contra las resoluciones que acuerdan y confirman la prisión provisional: Autos de 14 de abril, que acuerda la prisión, de 23 de abril, que desestima la reforma, y de 27 de mayo, que desestima la apelación, todos ellos de 2004. Ello es indudablemente acorde con

la vulneración de derechos alegada, pues la comparecencia celebrada ante el Juzgado Central de Instrucción donde fue asistido por Abogado de oficio en lugar de por el Letrado que el recurrente había designado, tiene por objeto no sólo la decisión acerca de la procedencia de la entrega (art. 14 de la Ley 3/2003), sino asimismo resolver acerca de la situación personal del reclamado, tal como establece el art. 17 de la citada Ley.

No obstante, la demanda del recurrente en amparo, en lo relativo a la queja de vulneración del derecho a la asistencia letrada dirigida a los Autos que decretan la prisión provisional, debe considerarse incurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1. a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC, relativa a la falta de invocación formal del derecho vulnerado tan pronto como hubiere lugar para ello. Y ello porque ni en el recurso de reforma que resuelve el Auto de 23 de abril, ni en el posterior recurso de apelación desestimado por Auto de 27 de mayo se plantea la vulneración del derecho que ahora, «per saltum» y desatendiendo el carácter subsidiario del recurso de amparo, es sometido a nuestro enjuiciamiento. Por ello, en lo relativo a la impugnación de las citadas resoluciones, la demanda debe ser inadmitida.

Reducido, pues, nuestro enjuiciamiento, a los Autos (de 24 de mayo y 14 de junio de 2004) relativos a la entrega, hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005 (LA LEY JURIS. 13314/2005), FJ 11.a)], «es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido»; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y arts. 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE [en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre (LA LEY JURIS. 903-TC/1988), FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre (LA LEY JURIS. 1802-TC/1992), FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero (LA LEY JURIS. 543/2004), FJ 6; 165/2005 (LA LEY JURIS. 13314/2005), FJ 11.a)].

5. Concretado el objeto de nuestro análisis en esos términos, hemos de iniciar el análisis recordando que, como hemos manifestado en la ya citada STC 165/2005 (LA LEY JURIS. 13314/2005), citando anteriores pronunciamientos de este Tribunal, «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable [STC 216/1988, de 14 de noviembre (LA LEY JURIS. 1149-TC/1989), FJ 2], lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa [SSTC 30/1981, de 24 de julio (LA LEY JURIS. 13476-NS/0000), FJ 3; 7/1986, de 21 de enero (LA LEY JURIS. 529-TC/1986), FJ 2; 12/1993, de 18 de enero (LA LEY JURIS. 2119-TC/1993), FJ 3]. Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa [SSTC 196/1987, de 11 de diciembre (LA LEY JURIS. 903-TC/1988), FJ 5; 18/1995, de 24 de enero (LA LEY JURIS. 13018/1995), FJ 2.b; 105/1999, de 14 de junio (LA LEY JURIS. 8123/1999), FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre (LA LEY JURIS. 12075/1999), FJ

3; 130/2001, de 4 de junio (LA LEY JURIS. 5831/2001), FJ 3]» [FJ 11.b)].

De otra parte, hemos de señalar que el art. 13 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega establece: «1. La detención de una persona afectada por una Orden Europea de Detención y Entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Y el art. 14.1 de la misma Ley dispone: «la audiencia de la persona detenida se celebrará ante el Juez Central de Instrucción, en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, con asistencia del Ministerio Fiscal, del Abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». El art. 14.2 de dicha Ley determina el objeto de la comparecencia que consiste básicamente en determinar si el detenido se opone o no la entrega, si aduce causas de denegación y solicita se practiquen pruebas al efecto y si renuncia al principio de especialidad. Por su parte, el art. 504 bis 2 LECrim., exige que «desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer».

De conformidad con los artículos mencionados de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, y la remisión que efectúan a la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cabe ninguna duda de que la comparecencia a efectos de la Orden Europea de Detención y Entrega debe efectuarse con el Letrado designado por el detenido, pues ninguna restricción del mismo consta en ella; ausencia de restricción legal que se aviene con nuestro pronunciamiento, habida cuenta de que, como ya hemos dicho, «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable [STC 216/1988, de 14 de noviembre (LA LEY JURIS. 1149-TC/1989), FJ 2]» [STC 165/2005 (LA LEY JURIS. 13314/2005), FJ 11 «in fine»].

Desde dicha perspectiva, no puede ser asumida la argumentación acogida por la Audiencia Nacional en su Auto de 14 de junio que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, al rechazar la alegación en virtud de que el recurrente estuvo asistido de Letrado que le atendió en todo momento y no se produjo indefensión. El fundamento que sostiene la idea de que no existe vulneración del derecho a la asistencia de Abogado si la asistencia técnica ha sido efectiva fue establecida por la jurisprudencia del TEDH en la Sentencia de 13 de mayo de 1980 [caso *Artico c. Italia* (LA LEY JURIS. 775487/1980), parágrafo 33], y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificar la asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado.

La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio, se configura, en ciertos casos, tanto en el art. 6.3 c) CEDH como en los precep-



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.



Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.



ISSN: 1138-9907  
D.L. BI. 1223 1981

tos de la Ley procesal que desarrollan las exigencias del art. 24.2 CE, además de como un derecho subjetivo, como una institución dirigida a asegurar las debidas garantías del proceso [por todas, STC 229/1999, de 13 de diciembre (LA LEY JURIS. 3410/2000), FJ 2]; de modo que constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales. Ahora bien, la libre designación de abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio. A dicha primacía nos hemos referido en la STC 130/2001, de 4 de junio (LA LEY JURIS. 5831/2001), FJ 3, entre otras, afirmando que «en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención [SSTC 216/1988, de 14 de noviembre (LA LEY JURIS. 1149-TC/1989), FJ 2; 18/1995,

de 24 de enero (LA LEY JURIS. 13018/1995), FJ 3]».

De otra parte, la única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el art. 527 a) LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por este Tribunal en STC 196/1987 (LA LEY JURIS. 903-TC/1988), ya citada, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos. Pues bien, no concurriendo las circunstancias excepcionales previstas en el art. 527 a) LECrim. y no estando previsto en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, debemos concluir que los Autos impugnados han vulnerado el derecho invocado, al haberse designado un Abogado de oficio al recurrente para la audiencia del procedimiento de Euroorden pese a su expresa designación de Letrado.

Siendo subsanable tal vulneración, procede la retroacción de actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, a fin de que vuelva a celebrarse con respeto del derecho fundamental a la libre designación de Letrado

en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías.

Ha sido Ponente la Presidenta D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

**FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por don Benavente N. G., y en su virtud:

1.º Reconocer su derecho a la asistencia de Letrado en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Anular los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2004 y 14 de junio de 2004.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, a fin de que vuelva a celebrarse con respecto al derecho fundamental aquí reconocido.



# REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARA CONCURSAL

*Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

- La primera revista del mercado especializada en Derecho Concursal, **presidida por Manuel Olivencia Ruiz**, uno de los profesionales de mayor prestigio en España, y Presidente de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Reforma Concursal.
- La más perfecta combinación del aspecto doctrinal-académico con el eminentemente práctico de esta parcela del Derecho, a través de sus secciones específicas dedicadas a estudios y análisis de cuestiones prácticas, formularios y análisis de la jurisprudencia.
- La autoridad y el prestigio de los integrantes del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, y nuestros Colaboradores Permanentes, avalan la calidad de los contenidos.

Cuente con los mejores **ESPECIALISTAS**

**PRESIDENCIA:**  
Manuel Olivencia Ruiz  
**DIRECCIÓN:**  
Juana Pulgar Ezquerra

**FORMATO:**  
21 X 29,7 cm. (A4)  
**PERIODICIDAD:**  
Semestral (2 números al año)  
**ENCUADERNACIÓN:**  
Rústica plastificada  
**COMPLEMENTOS:**  
Dos monografías anuales sobre temas de la máxima actualidad en la materia

Cod. Prof.: A 206

Ref.: 5932.3

**ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR**

Cumplimentando y enviándonos este cupón a nuestra dirección habitual:  
**LA LEY, C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)**

Empresa/Organismo \_\_\_\_\_  
Dpto. \_\_\_\_\_ NIF/CIF \_\_\_\_\_  
Apellidos/Nombre \_\_\_\_\_  
Profesión \_\_\_\_\_  
Especialidad \_\_\_\_\_  
Dirección \_\_\_\_\_  
Ciudad \_\_\_\_\_  
C.P. \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

Fecha..... / ..... / .....

Firma y sello (imprescindible)

**Sí, deseo suscribirme a:**

**REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARA CONCURSAL**

**Precio: 143 € + 4% IVA**

IMPORTANTE: La suscripción tendrá una duración inicial de 12 meses. Si al término de la misma, y con una antelación mínima de 30 días a su expiración, Vd. no nos hubiera comunicado su deseo de concluir, LA LEY la prorrogará automáticamente durante otros 12 meses SEGUN TARIFAS VIGENTES

**AGILICE SU PEDIDO VÍA FAX**

**Fax: 902 42 00 12**

**FORMA DE PAGO**

- Domiciliación bancaria
- Contra reembolso

Muy Sres. míos: Ruego carguen el recibo que les presentará LA LEY-ACTUALIDAD, S.A., a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

**Código Cuenta Cliente**

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta