

# LA ADECUACIÓN SOCIAL Y EL DELITO DE DETENCIONES ILEGALES

(Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997.  
Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)

M.<sup>a</sup> ÁNGELES RUEDA MARTÍN

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho penal  
Universidad de Zaragoza

## I

La STS de 16 de diciembre de 1997 (A. 8794), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado y el condenado por la Audiencia Provincial de Murcia, como autor de un delito de detención ilegal del artículo 480 del CP/1973, a la pena de dos años de prisión menor y multa de ciento veinte mil pesetas, y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de detención ilegal aplicando el artículo 163. 2 del CP/1995 a la pena de dos años de prisión. Los fundamentos de Derecho utilizados en esta sentencia y que ahora más interés tienen para nosotros son los siguientes. En primer lu-

---

**Abreviaturas utilizadas:** A: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, citado por año y número marginal; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AK-StGB: Reihe Alternativkommentare. Kommentar zum Strafgesetzbuch; AP: Actualidad Penal; AT: Allgemeiner Teil; CP: Código penal; EpenCr: Estudios penales y criminológicos; FS: Festschrift; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LH: Libro Homenaje; LK: Leipziger Kommentar; NEJ: Nueva Enciclopedia Jurídica; PG: Parte General; RDPCr: Revista de Derecho Penal y Criminología; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

gar, la Defensa destaca que en la feria en la que se produjeron los hechos «era práctica habitual las denominadas “invasiones y secuestros”», de modo que el acusado obró con un “*animus jocandi*”. Al respecto el Tribunal Supremo señaló que «aunque se demostrara que el acusado obró “*animus jocandi*” nada podría cambiar en el fallo condenatorio, toda vez que este ánimo no excluye el dolo del delito del art. 480 CP. En efecto, el elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona; consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo aunque hubiera sido llevada a cabo con propósito de broma. Es evidente que tales bromas también pueden constituir delito de detención ilegal cuando determinan una lesión del bien jurídico que no puede ser considerada —como en este caso— socialmente adecuada». En segundo lugar, la Defensa «alega que el menor sólo sufrió una irrelevante privación de su libertad». Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, «la relevancia de la privación de la libertad, es decir su falta de adecuación social, proviene de la circunstancia de que el acusado no privó al niño de ella por motivos socialmente aprobados. La pretensión de que su propósito era un secuestro en el sentido del juego que se desarrollaba en la feria donde ocurrieron los hechos, no sólo carece de todo respaldo en los hechos probados, sino que en la forma en la que éstos se desarrollaron es evidente que no respondía a las características del juego».

En esta sentencia el Tribunal Supremo utiliza el instituto de la adecuación social en torno al cual plantea un problema de índole interpretativo a cuyo estudio va dirigido este comentario, que se refiere a si la afección del bien jurídico libertad ambulatoria en un contexto de broma en el desarrollo de un juego en una feria, se mantiene dentro de los límites de lesión o de riesgo reconocidos como consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social, cuestión ésta tratada con carácter general por Welzel cuando explicó el contenido de la adecuación social<sup>1</sup>. Para el tratamiento de esta cuestión comenzaremos a continuación con una introducción al concepto de la adecuación social y su utilización en la doctrina (II). Posteriormente expondremos nuestro propio planteamiento (III) y una propuesta de solución para el caso de

<sup>1</sup> Véase al respecto RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 1. Tratamiento en WELZEL de la relación entre el riesgo permitido y la adecuación social; 2.2.1. Punto de partida: un sistema de los bienes jurídicos dinámico y funcional.

la STS de 16 de diciembre de 1997 (IV). Finalmente extraeremos unas consecuencias en relación a la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de las detenciones ilegales (V).

## II

El instituto de la adecuación social es utilizado por la doctrina porque constituye un valioso punto de partida para definir la tipicidad de algunos delitos<sup>2</sup>. La doctrina mayoritaria considera que el instituto de la adecuación social contiene un principio importante para la interpretación de los tipos<sup>3</sup>, y determina por vía de la interpretación la impunidad de hechos que de otro modo aparecerían como imprudentes o incluso dolosos<sup>4</sup>. Desde Welzel se habla de la «adecuación social» y ésta es, a juicio de este autor, un instrumento para interpretar el sentido de los tipos<sup>5</sup>. Posteriormente afirma que la adecuación social es «un principio general de interpretación»<sup>6</sup>, es «un principio de interpretación dentro del tipo»<sup>7</sup>, de modo que los tipos deben ser interpretados de for-

<sup>2</sup> Véanse KÜPPER, G.: *Strafvereitelung und «sozialadäquate» Handlungen*, GA, 1987, pág. 389; BLANCO CORDERO, I.: *El encubrimiento personal*, RDPCr, n.º 2, 1998, págs. 15 y ss., en relación a la delimitación del tipo del encubrimiento personal (art. 451, n.º 3 del Código penal), si bien es cierto que, a juicio de BLANCO CORDERO, la adecuación social no es un criterio suficiente para solucionar los casos concretos que se plantean en torno a este delito. ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, págs. 155 y ss., 160 y ss. y 165 y ss. MORALES PRATS también revisó la tipicidad del delito de injuria a partir de la teoría de la adecuación social; cfr. MORALES PRATS, F.: «Adecuación social y tutela penal del honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, págs. 258 y 259.

<sup>3</sup> Las concepciones actuales dominantes en torno a la adecuación social consideran que la adecuación social es un mero parámetro de interpretación; cfr. a título de ejemplo, ROXIN, C.: *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, FS-U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 312; HIRSCH, H. J.: ZStW 74, 1962, págs. 87 y ss., 126 y ss. y especialmente págs. 133 y ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5.ª ed., pág. 253; CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.ª ed., pág. 98; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5.ª ed., L 19/43; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, 3.ª ed., pág. 286; ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, págs. 192 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal. I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 129.

Probablemente nuestro TS la concibe así; véanse las STS 8794/1997; 5297/1993; 8720/1989; 2582/1987. Cfr., además, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de febrero de 1999 (A. 1856/1999).

<sup>4</sup> Véase MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5.ª ed., L 19/44.

<sup>5</sup> Cfr. WELZEL, H.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1.ª ed., 1940, pág. 33.

<sup>6</sup> Cfr. WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pág. 58.

<sup>7</sup> Véase WELZEL, H.: *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, N. G. Eiwert Verlag Marburg, 1964, pág. 11, nota 21.

ma que se subsuman en ellos conductas socialmente inadecuadas<sup>8</sup>. Welzel a través de su concepto final de la acción introdujo la dimensión de sentido y la adecuación social nació como un instituto que explicaba el sentido social de la acción<sup>9</sup> delimitando, por lo tanto, la libertad de acción social, y que impedía la entrada de la intervención del Derecho penal en determinados casos al considerar que había lesiones de bienes jurídicos que eran consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social<sup>10</sup>.

Modernamente el valor del juicio de la adecuación social se relativiza como principio hermenéutico frente a los nuevos instrumentos de la imputación objetiva, porque aportan más claramente esa vertiente social o normativa en la estructura de lo injusto<sup>11</sup>, si bien es cierto que la teoría de la imputación objetiva tiene las mismas raíces que la figura de

<sup>8</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 517. MIR PUIG apunta que «no puede ser voluntad de la ley, al delimitar las conductas penalmente relevantes —función propia de los tipos (penales)—, el incluir actividades socialmente adecuadas»; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, PG*, 5.<sup>a</sup> ed., L 19/43.

<sup>9</sup> Cfr. GREGORI, G.: *Adeguatezza sociale e teoría del reato*. Cedam, Padova, 1969, pág. 31, quien señala que la adecuación social intenta afirmar el carácter «social» de la acción.

<sup>10</sup> Prácticamente la doctrina o bien señala los cambios de ubicación del instituto de la adecuación social, ya en el tipo o ya como causa de justificación consuetudinaria, merced al sostenimiento de la concepción de tipos abiertos o cerrados por parte de WELZEL. O bien señala la heterogeneidad de los casos que se pretendieron resolver bajo este principio, lo que ha dado lugar a manifestaciones acerca del carácter «vago» e «inseguro» que imprimió WELZEL a su teoría de la adecuación social [cfr. la exposición de la adecuación social en REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, págs. 85 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 146; HIRSCH, H. J.: *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, FS-Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 421; el mismo, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*. FS-T. Lenckner, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, pág. 123, con referencias bibliográficas], concluyendo por ello su escasa credibilidad; [véase, a título de ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal, PG*, pág. 263]. CANCIO MELIÁ entiende que en la concepción de WELZEL de la adecuación social existen tres cambios fundamentales; cfr. CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, págs. 698 y ss., 700 y ss., 710 y ss., 715 y ss. En nuestra opinión, estos cambios no afectaron al sentido último que otorgó WELZEL a la teoría de la adecuación social, y esto no ha sido suficientemente resaltado. Véase el punto III del comentario a esta sentencia.

<sup>11</sup> Hoy en día, incluso, hay que constatar que con la moderna teoría de la imputación objetiva el riesgo permitido ha cobrado un papel predominante con autonomía y contornos propios. Sobre las relaciones entre el riesgo permitido y la adecuación social, véase RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, III.2: Planteamientos actuales sobre las relaciones entre la adecuación social y el riesgo permitido.

la adecuación social<sup>12</sup>. Si ponemos en relación los institutos de la adecuación social y del riesgo permitido<sup>13</sup> con quien muestra bastantes planteamientos similares, se constata que presentan como características comunes, por un lado, el punto de partida que, al parecer, es siempre la producción de un resultado lesivo<sup>14</sup> y, por otro lado, la repercusión de ambos institutos en el ámbito de valoración de la acción<sup>15</sup>. Por

<sup>12</sup> Véanse JAKOBS, G.: *Der strafrechtsliche Handlungsbegriff*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München. 1992, pág. 30; el mismo, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, FS-H. J. Hirsch, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, pág. 52, nota 24; CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, págs. 697 y ss.; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, págs. 60 y 98; SCHÜNEMANN, B.: *Consideraciones sobre la imputación objetiva*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 225; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 146; ROXIN, C.: *Strafrecht*, AT, I, 3.<sup>a</sup> ed., 10/38, pág. 243; SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 88 y 89.

<sup>13</sup> WELZEL indica que «un caso particular de la adecuación social es el riesgo permitido que se diferencia de las habituales acciones socialmente adecuadas sólo por el grado de puesta en peligro del bien jurídico... En efecto, parece más indicado en el riesgo permitido, por el alto grado de la puesta en peligro, el pensamiento de la exclusión de lo injusto». Cfr. WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 518, cursiva añadida. Modernamente JAKOBS considera que el riesgo permitido como instrumento de imputación objetiva, es una explicación de la adecuación social; cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 184 y 185 [trad. págs. 225 y 226]; el mismo, *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de M. Cancio Meliá. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pág. 119.

<sup>14</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B.: JA, 1975, pág. 438; ROXIN, C.: *Strafrecht*, AT, I, 3.<sup>a</sup> ed., 11/60, pág. 320; WOLTER, J.: *Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal*. LH-C. Roxin, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1995, págs. 58 y 59; PREUB, W.: *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*. Duncker & Humblot, 1974, págs. 20 y ss.; KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, 1966, pág. 8; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, AT, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 287; GIMBERNAT ORDEIG, E.: RDP Cr, n.º 3, 1999, págs. 395 y 396; el mismo: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990, pág. 109; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 93; CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU, Barcelona, 1989, pág. 325; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 129 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1566 y ss.

<sup>15</sup> El propio WELZEL ubicó a la adecuación social en este plano cuando afirma que «la acción (también como acción final) es siempre una abstracción como la "causación", si no se comprende como un fenómeno con significación social, esto es, como acción en el marco de la vida social»; cfr. WELZEL, H.: ZStW58, 1939, pág. 516; CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, págs. 698 y 699. Por supuesto, esta perspectiva se mantiene en todos los autores que se han preocupado de este tema; cfr. a mero título de ejemplo MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 145 y ss.; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 87; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 184 y 185 [trad. págs. 225 y 226]; FIORE, C.: *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*. Morano Editare, Napoli, 1966, pág. 233; CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, págs. 704 y ss.

tanto, la nota en común que puede encontrarse entre ambos conceptos es la no punibilidad de las conductas desarrolladas en el marco del riesgo permitido o de la adecuación social y también la ampliación de la libertad de acción de un sujeto a pesar de la tipicidad formal de la conducta<sup>16</sup>, aunque a la hora de fundamentar tal nota, comienzan las diferencias en el tratamiento de ambas figuras<sup>17</sup>.

### III

Welzel explicó a través de la teoría de la adecuación social las razones por las que existen acciones que formalmente pueden subsumirse en los tipos de lo injusto pero que, sin embargo, no son típicas<sup>18</sup>. La adecuación social aparece formulada de una forma completa en el artículo de Welzel, «Studien zum System des Strafrechts»<sup>19</sup>, en el que se recogen varias características de este instituto.

---

Algunos autores consideran que según el punto de partida de WELZEL habría que examinar si es un problema que afecta en primer término al desvalor del resultado. Véanse GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente*, Zaragoza, 1990, pág. 216, y ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, pág. 63.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, WOLTER señala que «bajo el riesgo permitido y la adecuación social o la conducta conforme al tráfico se discuten cuestiones idénticas, al tratarse de una ampliación mesurada de la libertad de acción de un sujeto a pesar de la tipicidad formal de la conducta, lo que conduce a una interpretación de la conducta de lo injusto típico»; cfr. WOLTER, J.: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionale Straftatsystem*. Duncker & Humblot, 1981, pág. 61. WOLTER considera que la adecuación social es una condición negativa de punibilidad; cfr.: ZStW 1977, págs. 263-264; recientemente posee la adecuación social en su opinión «una función negativa de delimitación para el tipo objetivo de injusto “previamente a la tipicidad”»; véase WOLTER, J.: *Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal*. LH-C. Roxin, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 63.

<sup>17</sup> En relación a estas diferencias de tratamiento entre la adecuación social y el riesgo permitido, véase RUEDA MARTÍN, M.<sup>a</sup> A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 2. Planteamientos actuales sobre las relaciones entre la adecuación social y el riesgo permitido.

<sup>18</sup> Tal y como ha sido señalado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, para quien el objetivo de WELZEL respecto a la teoría de la adecuación social era «la delimitación de los tipos penales entendidos de forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal». Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 149.

<sup>19</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW58, 1939, págs. 491 y ss.

### a) *La adecuación social como resultante de una ponderación de intereses en el tipo*

La identidad estructural de los supuestos que quedan abarcados por el instituto de la adecuación social, como ha señalado en nuestra doctrina Paredes Castañón aunque sólo en relación al riesgo permitido, se concreta en la existencia de una ponderación general de distintos intereses y con arreglo a la cual se establecen los criterios que determinan la permisión de una conducta<sup>20</sup>. Ahora debemos determinar todos los factores y todas las circunstancias que son tomados en consideración a la hora de efectuar la ponderación de intereses que da lugar al establecimiento de un juicio de carácter general y que culmina en la adecuación social de una determinada clase de comportamientos. Hay que partir de la premisa de que el Derecho no puede prohibir la realización de toda acción que implique un peligro de lesión de los bienes jurídicos, porque si no se paralizaría la vida social<sup>21</sup>. Por el contrario, para la producción y obtención de una multitud de utilidades sociales<sup>22</sup> deben

<sup>20</sup> Véase PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pág. 129. Este autor utiliza la denominación «riesgo permitido» «a los casos de conductas peligrosas o lesivas para el bien jurídico-penalmente protegido que, sin embargo, no resultan prohibidas, pese a existir previsibilidad y controlabilidad del riesgo, en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes, consideraciones que limitan el alcance del deber de conducta que le corresponde al sujeto actuante en la situación concreta»; cfr. ob. cit., pág. 82. Cursiva en el original.

Esta ponderación de intereses subyacente con carácter general en los tipos es reconocida por gran parte de la doctrina. Véanse, sólo a título de ejemplo, con referencias bibliográficas, ROXIN, C.: *Strafrecht*, AT. I, 3.<sup>a</sup> ed., 11/55, 24/37 y ss., pág. 933; FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns. Köln. 1983, pág. 139; el mismo, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. C. F. Müller, Heidelberg, 1988, págs. 75 y ss.; el mismo, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pág. 71; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 200 [trad. pág. 243]; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 132 y ss., 159 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, págs. 129 y ss.; 343 y ss. Sobre la forma de llevarla a cabo, págs. 483 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.<sup>a</sup> ed. Traducc. Cerezo Mir. Ariel. Barcelona, 1964, pág. 71; CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 168; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 125; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 91; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5.<sup>a</sup> ed., L 10/54.

<sup>22</sup> Véase con carácter general las consideraciones de la utilidad social como un criterio de concreción del riesgo jurídicamente relevante o significativo que efectúa CASTALDO, A.: *La concreción del «riesgo jurídicamente relevante»*, LH-C. Roxin, J. M.<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona, 1997, págs. 235 y ss.

realizarse acciones y es imprescindible asumir determinados riesgos que, como afirma Martínez Escamilla, *la actividad socialmente útil entraña pero sólo hasta un determinado nivel, hasta la medida de lo que se entiende por socialmente soportable*<sup>23</sup>. Así pues, la cuestión de la determinación de la adecuación social es una cuestión eminentemente valorativa y a la hora de llevar a cabo esta valoración entran en juego una serie de consideraciones como la utilidad de la conducta<sup>24</sup> en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos<sup>25</sup>. Sin embargo, es necesario advertir que los riesgos que hay que incluir en esta sede son los riesgos propios de una determinada clase de actividad, que Mir Puig denomina socialmente adecuada como el deporte, el tráfico, la industria, etc., en los que la utilidad social típica de ese sector de actividad impide considerarla como «típicamente relevante»<sup>26</sup>. De este modo el «fin acreedor», el «valor preponderante para la generalidad» son criterios de la permisión y la utilidad social depende de si el sector de la actividad, a la que pertenece la acción respectiva, es socialmente útil<sup>27</sup>. Entonces, en el análisis de este nivel debemos partir de una ponderación de intereses en la que los objetos de la ponderación son el valor e interés de la utilidad social que produce una determinada actividad social y, con carácter general, el desvalor de los riesgos de la misma<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 133. Cursiva en el original. O como afirma también REYES ALVARADO, los mencionados riesgos inherentes a estas actividades deben ser reducidos a límites que puedan ser socialmente tolerados. Véase REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 92.

<sup>24</sup> Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 139. También afirma REYES ALVARADO que «para que un riesgo pueda ser considerado como permitido», es necesario que «la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad» y exige, además, «la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo potencial»; véase REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 91.

<sup>25</sup> Véanse de momento, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 132; PREUB, W.: *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*. Duncker & Humblot, 1974, págs. 20yss.

<sup>26</sup> Véase MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, PG*, 5.<sup>a</sup> ed., L 10/56. MARTÍNEZ ESCAMILLA considera también que «los preceptos que regulan actividades peligrosas imponiendo deberes de diligencia no tienen por finalidad reducir cualquier tipo de riesgo, sino sólo aquellos propios de las actividades que regulan»; cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 324.

<sup>27</sup> Véase PREUB, W.: *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*. Duncker & Humblot, 1974, pág. 22.

<sup>28</sup> Para KINDHÄUSER, «en la aceptación de un ámbito de riesgo general —ya el del tráfico viario—, por el contrario, se enfrentan la utilidad general y los daños generales (*ex post* y/o *ex ante*)»; cfr. KINDHÄUSER, U.: GA, 1994, pág. 218, nota 67.



## b) *Concepción funcional y dinámica del sistema de los bienes jurídicos. Sus implicaciones*

En los tipos se describe el modelo de la conducta prohibida con carácter general, esto es, aquella forma de conducta que por su carácter social supone un quebrantamiento del orden dado socialmente, por lo que para la elaboración e interpretación del tipo de lo injusto hay que partir, en primer lugar, de una determinada concepción del sistema de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de que en el mundo moderno se llevan a cabo una serie de actividades donde se realizan acciones que pueden implicar un riesgo o incluso lesiones en los mismos. Estas nociones expuestas se encuentran en el trabajo de Welzel de 1939, «Studien zum System des Strafrechts»<sup>29</sup>, donde expuso y desarrolló un sistema de los bienes jurídicos de gran trascendencia para entender esta ponderación<sup>30</sup>. Welzel esbozó un esquema de interpretación social<sup>31</sup> a través del que analizó las relaciones del hombre en sociedad desde una determinada concepción funcional y

<sup>29</sup> Cfr. WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, págs. 491 y ss.

<sup>30</sup> Junto a la estructura ortológica de la acción final, WELZEL desarrolló la categoría de la adecuación social/inadecuación social, en la que se advierte la presencia de la mencionada estructura de una acción final [cfr. al respecto RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 2. 2. Sustrato material de la determinación del valor y del interés de la utilidad social], frente a lo que ha señalado un muy cualificado sector doctrinal en torno a que en la primera fase de la teoría de la adecuación social de WELZEL «no se hablaba aún de estructuras inmutables del ser, de “verdades eternas”»; (cfr. ROXIN, C.: *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*. Strafrechtliche Grundlagenprobleme. Walter de Gruyter, Berlin, 1973, pág. 92 [trad. pág. 102]), por lo que «el observador que tenga en la cabeza la imagen habitual del finalismo posiblemente se vea invadido por una sensación de extrañeza»; véase CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, págs. 704 y 705. A través de la categoría de la adecuación social WELZEL analizó las relaciones del hombre en la sociedad desde una determinada concepción del sistema de los bienes jurídicos, en la que también va a tener cabida la finalidad del actuar humano. Como consecuencia de este planteamiento en el tratamiento de la adecuación social se va a apreciar la existencia de dos ámbitos: un ámbito naturalístico y un ámbito normativo o valorativo poniendo de manifiesto que una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural. REYES ALVARADO ha señalado que «deben ser claramente diferenciados los planos naturalístico y valorativo (normativo) en que se desarrolla nuestra existencia, sin que con esto se desconozca la importancia de esos dos ámbitos, puesto que una normatividad no tiene sentido alguno sin un mundo natural al cual regir, esto es, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural»; véase REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Ternis, Colombia, 1994, pág. 59.

<sup>31</sup> En contra, sin razón, LESCH, H.: ADPCP, 1995, pág. 917, quien resalta que WELZEL «definió el contenido de la acción sólo con base en la voluntad final de ejecución, es decir, sencillamente con base no en una interpretación social, sino en una individual realizada por el sujeto que actúa». Cursiva en el original.

dinámica<sup>32</sup> del sistema de los bienes jurídicos. Efectivamente, Welzel se centró en la idea de que «la esencia de la sociedad es un mundo funcional, en el que todos los bienes jurídicos necesariamente y, desde un principio, se sitúan unos frente a otros en un intercambio recíproco», esto es, «están en una función vital, en la que sólo cumplen su esencia como bienes de la vida social. Pero la adecuación social es más, no es sólo un concepto de orden funcional sino uno pleno de sentido: las formas que dominan la vida social, funcional, no son sencillos ejercicios prácticos, sino órdenes sociales que se desarrollan y perfeccionan en el nexo condicionado entre la existencia de la vida real (por ejemplo, el desarrollo técnico) y las acciones de valor, a las que responde la sociedad valorando y ordenando la existencia de la vida correspondiente. Sólo bajo la aceptación de esta parte normativa plena de sentido “como la adecuación social” es la adecuación social un principio inmanente de la constitución del Derecho y no sólo ya aquí, donde el Derecho se remite a sí mismo expresamente... sino también para la constitución del tipo general. Hay que poner de manifiesto que el Derecho normado legalmente entra siempre en un mundo ya configurado históricamente, cuyos ordenamientos afianza o modifica y desarrolla pero que nunca se agotan plenamente y que inmediatamente se

---

<sup>32</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 515 y ss.; además, GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente*, Zaragoza, 1990, pág. 211, y FEJOO SÁNCHEZ, B. J.: *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*. Ed. Edijus, Zaragoza, pág. 72. LAURENZO COPELLO apunta que «Welzel concibe los bienes jurídicos a partir de su papel esencialmente dinámico en el seno de la sociedad»; cfr. LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 95. Señalan también la característica de la funcionalidad, LESCH, H.: ADPCP, 1995, pág. 916; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 64, habla de un Derecho penal edificado sobre una concepción social y dinámica de los bienes jurídicos. Para SANCINETTI esta característica de la funcionalidad en el sistema de los bienes jurídicos de WELZEL pone de manifiesto que sienta «las bases para un enriquecimiento del “tipo objetivo”, tal como existe hoy por vía de la teoría de la imputación objetiva»; cfr. SANCINETTI, M. A.: *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 51. También MIR PUIG parte de una concepción funcional del bien jurídico distinguiendo entre el bien jurídico (condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales) y los intereses y necesidades plurales susceptibles de satisfacerse a través de los mismos (concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social); señalando que es «su dimensión social la que interesa al Derecho: la medida en la que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una necesidad social y condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales»; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5.<sup>a</sup> ed., L 6/40 y 41. PAREDES CASTAÑÓN parte igualmente de una concepción relativista de los bienes e intereses; cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, págs. 97 y ss., 101 y ss.

deben relacionar entre sí»<sup>33</sup>. Welzel considera que «el Derecho penal prohíbe sólo los hechos anómalos, de modo que el hecho conforme al tráfico siempre es conforme a Derecho, también cuando cae bajo un tipo formalmente. Por ello se ha puesto de relieve la parte funcional de la adecuación social; ella debe quedar estéril sin la aceptación de un orden social pleno de sentido»<sup>34</sup>. Cada bien jurídico tiene que participar activamente en la vida social, lo cual entraña riesgos para el bien mismo<sup>35</sup>. Estos riesgos, sin embargo, deben ser aceptados cuando se produzcan en el seno de unas actividades «que se dirigen al uso de la vida»<sup>36</sup>. Welzel concibe el actuar humano en su dimensión social en tanto en cuanto cumple una función vital y que se desarrolla a través del uso y consumo de bienes jurídicos. De todo ello se deduce que los bienes jurídicos se encuentran en recíproca concurrencia y entre todos ellos se establecen determinadas relaciones, por lo que, en ocasiones, hemos de admitir la existencia de afecciones en los mismos que son necesarias para el desarrollo de la vida en comunidad.

El problema, de índole interpretativo que se plantea a continuación, se refiere a si la afección del bien en cuestión se mantiene dentro de los límites de lesión o de riesgo reconocidos como consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social mediante el uso y consumo de bienes jurídicos. Los bienes jurídicos configuran un espacio social que delimita, a su vez, las condiciones necesarias para que otros bienes jurídicos involucrados en dicho espacio se desenvuelvan correctamente. En este espacio social, los bienes jurídicos son los instrumentos de la acción a través de la cual desempeñan una función a la que están afectos para el desarrollo de la vida en comunidad y que implicará una relación recíproca de «desgaste» entre ellos. La figura de la adecuación social tiene como principal característica la necesidad de la afección de un bien jurídico<sup>37</sup>, en el sentido de que el legislador no considera con carácter general típicamente relevante una acción que pretende alcan-

33 Véase WELZEL, H.: ZStW58, 1939, pág. 517, nota 38.

34 Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 518, nota 38.

35 Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, I. 5.<sup>a</sup> ed., pág. 14.

36 Cfr. WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 516.

37 Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente*, Zaragoza, 1990, pág. 224. Esta idea también está presente en los planteamientos de JAKOBS cuando afirma que «no obstante, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de los bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes»; cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de M. Cancio Meliá. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pág. 104. O «cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera «policialmente»»; cfr.: *Strafrecht. AT*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 201 [trad. pág. 244].

zar una utilidad social y para la que es absolutamente necesaria la afección de un bien jurídico conforme al ordenado funcionamiento de la vida social<sup>38,39</sup>. A mi juicio, esta idea de la necesidad de la afección es aplicable a muchos supuestos que trató de resolver Welzel a través del instituto de la adecuación social, pero no es la única idea que preside este instituto a juzgar por los casos empleados con más o menos fortuna para ejemplificarla, ya que también incluyó dentro de la adecuación social unos usos de bienes jurídicos que no son estrictamente consustanciales al ordenado funcionamiento de la vida social. Por un lado, existe un grupo de casos en los que la acción se emprende con una finalidad que no cumple una función socialmente valorada y que se dirige a la producción de efectos que, sin embargo, no implican la afección del bien jurídico recogida en un tipo penal. La característica común de estos supuestos radica en que mediante una interpretación literal de los tipos se deduce que no se ha realizado una afección del bien jurídico que pudiera subsumirse formal o literalmente en el resultado típico o en la acción descrita en el tipo. Por esta razón en relación a estos supuestos deberemos tener en cuenta las consideraciones efectuadas por Armin Kaufmann, para quien es necesario, primeramente, determinar por vía de interpretación si existe un resultado típico, de modo que «sólo si se ha producido un resultado típico, en el sentido de la interpretación correcta, puedo preguntar por su “atribución objetiva” (o conformarse —como antes— con la causalidad y el dolo)»<sup>40,41</sup>. Por otro lado,

<sup>38</sup> Así con razón señala REYES ALVARADO que «estos casos en los cuales sólo existe una aparente lesión del bien jurídico fueron denominados por WELZEL “conductas socialmente adecuadas”»; cfr. REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 86.

<sup>39</sup> Por supuesto que las acciones socialmente adecuadas en el sentido expuesto están sujetas a normas de cuidado que pretenden evitar afecciones innecesarias para el mismo bien jurídico involucrado en esa actividad socialmente adecuada o para otros bienes jurídicos. Véase al respecto RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 2. 2. 3. El límite social de los medios y modos de ejecución de una acción finalista. En especial la formación de las normas objetivas de cuidado.

<sup>40</sup> Véase ARMIN KAUFMANN, «*Objektive Zurechnung*» beim Vorsatzdelikt?, pág. 255, [trad. pág. 811]. ARMIN KAUFMANN en el epígrafe de este artículo, titulado «La tipicidad del resultado. ¿Un problema de su imputación?», considera que «aquí no se trata de la imputación objetiva del resultado, sino de la cuestión de si existe un resultado». *Curiosa en el original.*

<sup>41</sup> Véase el estudio de estos casos en RUEDA MARTÍN, M. A.: *ob. cit.*, Capítulo III, 1. 2) Conductas dirigidas a la producción de efectos que ni siquiera dan lugar a una afección del bien jurídico susceptible de subsunción en el tenor literal del resultado típico o en la acción típica descrita en el tipo. En suma, frente a la adecuación social como criterio de carácter extrasistemático, existen también otros criterios hermenéuticos de carácter intrasistemático que explican el sentido de los tipos penales que, o bien, indican que la finalidad de las acciones no es una finalidad jurídico penalmente

existen otros supuestos que no se resuelven en el marco de la adecuación social en sentido estricto, por no ser la afección del bien jurídico consustancial al ejercicio de la actividad socialmente adecuada, sino que su tratamiento debe tener lugar en el ámbito del instituto del riesgo permitido. La característica común de los institutos de la adecuación social y del riesgo permitido es la existencia de una afección del bien jurídico que, sin embargo, no constituye un desvalor penal del resultado y por tanto tampoco un resultado típico. La exclusión del resultado típico en los casos aglutinados en el instituto de la adecuación social se fundamenta en una interpretación teleológica restrictiva de los tipos<sup>42</sup>, en la que deberán tenerse en cuenta las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes, pues ellas influyen decisivamente en el ámbito de protección de los bienes jurídicos<sup>43</sup>. Mientras que en los supuestos de riesgo permitido la inexistencia del resultado típico se explica porque, penalmente, no se puede desvalorar un resultado que no ha sido producido con dolo o imprudencia<sup>44</sup>. En efecto, en estos casos de riesgo permitido en los que no existe un desvalor penal del resultado se pone claramente de relieve que el desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor de la acción<sup>45</sup>, de modo que, como afirmaba Welzel, no exis-

---

relevante; o bien, tales criterios hermenéuticos se basan en la interpretación del resultado típico o en el fin de protección de la norma.

<sup>42</sup> Véanse al respecto CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 98, para quien no es necesaria la figura de la adecuación social al quedar excluidas del tipo de lo injusto las conductas socialmente adecuadas mediante una interpretación teleológica restrictiva; HIRSCH, H. J.: ZStW 74, 1962, págs. 87 y ss., 126 y ss. y especialmente, págs. 133 y ss.; el mismo, LK, 10.<sup>a</sup> ed., comentario precedente a los arts. 32 y ss., n.º 29.

<sup>43</sup> Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, I, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 15 y ss.

<sup>44</sup> Sin embargo, englobar estos casos bajo la rúbrica de «el riesgo permitido» referido a los riesgos generales de la vida con el fin de delimitar el contenido de los tipos es estéril y no sirve para nada, porque tales riesgos generales de la vida no están vinculados a circunstancias fácticas concretas, sino a situaciones en las que no existe un fundamento indiciario de provocar un curso causal lesivo. Véase al respecto RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo II, III, Consideraciones críticas en torno al requisito de la creación o aumento de un peligro en la moderna teoría de la imputación objetiva; Capítulo III, 1. 3) Conductas que implican lesiones de bienes jurídicos imprevisibles *ex ante*. En tales situaciones el sujeto no es responsable por la ausencia de dolo o de imprudencia, lo que determina que tampoco exista el desvalor penal del resultado de acuerdo con la tesis que mantengo sobre las relaciones dialécticas que a mi juicio deben establecerse entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Cfr. RUEDA MARTÍN, M. A.: ob. cit., Capítulo III, 1. Tratamiento en Welzel de la relación entre el riesgo permitido y la adecuación social.

<sup>45</sup> Véase CEREZO MIR, J.: *Notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, 4.<sup>a</sup> ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 44 y 45, nota 10; el mismo, *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 203.

ten acciones finales en sí o en absoluto, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización<sup>46</sup>, y, por ello, tampoco hay un desvalor *en sí* o *en absoluto* de la acción, sino que éste sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado<sup>47</sup>. Si se respeta esta idea, de ahí deberá resultar que no existe un desvalor penal del resultado independiente de un desvalor de la acción y como el desvalor de la acción está fundamentado en los delitos dolosos, principalmente, por el dolo<sup>48</sup> y en los delitos imprudentes por la inobservancia del cuidado objetivamente debido<sup>49</sup>, si no concurren estos elementos no existe una lesión penalmente relevante del bien jurídico que configura el resultado típico. En conclusión: la nota en común entre la adecuación social y el riesgo permitido descansa en que no existe un desvalor de la acción, pero en el punto de referencia del desvalor del resultado encontramos una importante diferencia en la exposición efectuada por Welzel y que tiene su repercusión en la determinación del criterio de exclusión del tipo de lo injusto.

### c) *La determinación del criterio de exclusión del tipo de lo injusto a través de la adecuación social*

A continuación vamos a tratar dos de los supuestos más emblemáticos de la adecuación social que se resuelven en el marco de la tipicidad objetiva, y para los que parece evidente que no es suficiente limitar su relevancia jurídico penal mediante el tipo subjetivo<sup>50</sup>. La característica general y común es que la afección del bien jurídico es consustancial al

<sup>46</sup> Cfr. WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.<sup>a</sup> ed. Traducc. Cerezo Mir. Ariel. Barcelona, pág. 28.

<sup>47</sup> Cfr. CEREZO MIR, J.: *Notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, 4.<sup>a</sup> ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 44 y 45, nota 10; el mismo, *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 203. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general*. Pressas Universitarias de Zaragoza. Zaragoza, 1985, págs. 301 y ss.; el mismo, AP, n. 18/2, 1994, pág. 355; el mismo, en DIEZ RIPOLLÉS, J. D., y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios. Valencia, 1997, pág. 862; HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 72 y ss.

<sup>48</sup> Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 154.

<sup>49</sup> Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 186.

<sup>50</sup> Véanse más supuestos en RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 1.1) Conductas que implican lesiones de bienes jurídicos inherentes al ordenado funcionamiento de la vida social.

ordenado funcionamiento de la vida social y, por lo tanto, socialmente no desvalorada. En estos casos, aunque formalmente, podría ser subsumida la afección del bien jurídico en un determinado tipo, no existe un desvalor penal del resultado pues la afección del bien jurídico involucrado de un modo consustancial por la actividad socialmente adecuada no puede constituir el resultado descrito por el tipo penal. Los supuestos que reúnen tales notas pertenecen en sentido estricto a la adecuación social tal y como vamos a exponer.

## 1. Las intervenciones médico-quirúrgicas

Un ejemplo de acciones que implican una afección necesaria e ineludible de bienes jurídicos sería el de las intervenciones médico-quirúrgicas<sup>51</sup> llevadas a cabo con un fin terapéutico, debiendo distinguirse las que tienen un resultado con éxito y las que no<sup>52</sup>. Desde un punto de vista naturalístico, en ambos casos, habría elementos de carácter psíquico y causal en virtud de los cuales, formalmente, podría ser subsumida esa afección consciente del bien jurídico integridad corporal dentro de los tipos de las lesiones corporales<sup>53</sup>.

En el supuesto de las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable, se evidencia la necesidad de aplicar criterios de exclusión de ese desvalor del resultado que repercutirán en la significación social de la conducta. A mi juicio la solución más convincente que fundamenta la impunidad en este caso, es aquella conforme a la cual se entiende que las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable no existe un desvalor penal del resultado, porque entra en juego un criterio de exclusión que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa. El criterio de exclusión de

---

<sup>51</sup> Con carácter general sobre este ejemplo, cfr. PETERS, K.: *Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip*, FS-H. Welzel, W. de G. Berlin. New York. 1974, pág. 426; SCHAFFSTEIN, F.: ZStW 72, 1960, págs. 378 y ss.; KLUG, U.: *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, FS-Eb. Schmidt, Vandenhoeck-Ruprecht, 1961, pág. 262.

<sup>52</sup> Sobre la significación jurídica del éxito y del fracaso véase ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal. I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 164 y ss.

<sup>53</sup> Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 316.

la tipicidad de esta clase de comportamientos es un criterio valorativo extrasistemático, que se centra en un ámbito mucho más general como es el del desvalor del resultado, quedando éste excluido por la subordinación de un bien jurídico a la realización de la función social de otro bien jurídico de más rango que se materializa en la finalidad de la curación. En relación con este ejemplo, Luzón Peña ha considerado que se afirma la atipicidad pese a producir heridas, cicatrices, amputaciones o período postoperatorio necesitado de hospitalización y curas médicas, en las intervenciones médico-quirúrgicas con resultado positivo por su sentido (objetivo) curativo, o según otros por la finalidad curativa y la correcta ejecución, que excluirían el tipo subjetivo<sup>54</sup>. En realidad no se trataría de dos criterios distintos (el sentido objetivo curativo y la finalidad curativa), sino de un único criterio<sup>55</sup>.

En el caso de las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo por un médico se aprecia claramente la necesidad de recurrir a valoraciones extrasistemáticas de la conducta que excluyan la realización de la conducta típica de las lesiones corporales. Se llega pues a la adecuación social de esta afección del bien jurídico y nos hemos centrado en el ámbito de valoración del resultado<sup>56</sup>. Si pasamos, a continuación, al ámbito de valoración de la acción observamos que la misma ha sido emprendida con un fin terapéutico socialmente valorado que determina que la acción tenga el sentido social terapéutico junto con *esta* afección del bien jurídico. El juicio valorativo recae sobre la afección del bien jurídico involucrado de una forma consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica<sup>57</sup> que implica, además, que el conteni-

---

<sup>54</sup> Véase LUZÓN PEÑA, D. M.: *Causas de atipicidad y causas de justificación. Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 22.

<sup>55</sup> Véase sobre la recíproca dependencia entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 1. Tratamiento en Welzel de la relación entre el riesgo permitido y la adecuación social.

<sup>56</sup> Díez RIPOLLÉS llama la atención acerca de la contradictoria relación que se puede crear entre los dos aspectos del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, la integridad corporal y la salud y que se pone de relieve cuando en ocasiones la afección a la integridad corporal supone un mantenimiento o mejora de la salud, tal y como sucede en el tratamiento médico-quirúrgico; cfr. Díez RIPOLLÉS en Díez RIPOLLÉS, J. D., y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios, Valencia, 1997, pág. 329.

<sup>57</sup> En este sentido es muy interesante la aportación de KLUG, para quien estos supuestos de intervenciones médicas terapéuticas son casos de riesgo mandado, excluyentes de la tipicidad, esto es, no son lesiones corporales punibles las intervenciones y otros tratamientos que, según los conocimientos y la experiencia de la ciencia médica y los principios de un médico cuidadoso, son necesarios para este fin y son em-



do de la voluntad del médico sea curar al paciente aunque haya afectado su integridad física y esto es lo que dota de contenido a la adecuación social. Se niega, pues, la conducta típica de las lesiones porque el sentido social de la acción del médico no es lesionar sino curar y esto se determina a través del contenido de la voluntad del sujeto junto a la adecuación social<sup>58</sup>. La conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar, no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado así como tampoco un dolo eventual de lesiones, por cuanto que la afección de la integridad corporal consustancial a la actividad curativa no constituye el resultado típico de dicho delito.

Respecto de las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado desfavorable, la opinión dominante considera que al existir un menoscabo de la integridad física y de la salud se ha producido un desvalor del resultado, es decir, el resultado típico del delito de lesiones<sup>59</sup>. La opinión dominante, sin embargo, excluye estos supuestos del tipo al considerar que falta el desvalor de la acción<sup>60</sup> por-

---

prendidos para prevenir enfermedades y padecimientos, para reconocerlos, curar o aliviar; véase KLUG, U.: *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, FS-Eb. Schmidt, Vandenhoeck-Ruprecht, 1961, pág. 262, que recoge el contenido del § 161 del StGB-Entwurf de 1960. Apunta que según el texto de este párrafo, se recoge el mandato de ataques y tratamientos en sí típicos puesto que éste es el sentido de la referencia a la necesidad de la conducta médica.

<sup>58</sup> Entre nosotros, ROMEO CASABONA ha señalado que en los elementos que definen el tratamiento médico-quirúrgico curativo desde el punto de vista jurídico-penal, se distinguen dos aspectos principales, el subjetivo y el objetivo, y que se desglosan en: «1) La finalidad perseguida con el tratamiento, que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente; 2) la idoneidad objetiva terapéutica, es decir, el conocimiento, conforme al estado presente de la ciencia, de los resultados probables que se derivarán de la intervención o tratamiento a realizar, en relación con el beneficio de la salud del paciente, y de los riesgos que aquéllos entrañan; y 3) la existencia de un ser enfermo al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de los medios»; véase ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico y el Derecho penal. I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 143 y ss. Junto a estos aspectos habría que tener en cuenta, además, las valoraciones en torno a la utilidad social que en general tiene esta clase de intervenciones, y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social.

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal, PG*, 5.ª ed., pág.486.

<sup>60</sup> Véanse a título de ejemplo, GALLAS, W.: ZStW67, 1955, pág. 21; CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.ª ed., págs. 316 y 317; ROMEO CASABONA, C.: *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 273 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, PG*, 5.ª ed., L 18/51; CORCOY BIDASOLO, M.: *Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*. LH-Torío López, Comares, Granada, 1999, pág. 268.

que la finalidad era la presupuesta en la ponderación de intereses efectuada por el legislador a la hora de perfilar el tipo de las lesiones, es decir, mejorar la salud o salvar la vida del paciente, y porque la acción observaba el cuidado objetivamente debido<sup>61</sup>. Para tratar adecuadamente esta cuestión es preciso mostrar dos hipótesis. En efecto, la primera hipótesis que se plantea en los casos de actividades curativas y que acabamos de contemplar, es que la misma es socialmente adecuada por su utilidad social y por el resultado producido, esto es, mejorar la salud o la protección de la propia vida y para cuya realización es consustancial determinadas afecciones del bien jurídico. Estas afecciones consustanciales en el bien jurídico no constituyen en ningún caso el desvalor del resultado pero no lo constituirán tanto si el resultado final es favorable como si es desfavorable. Una cosa es la instrumentalidad de estas afecciones para producir un resultado determinado y otra cosa es que ese resultado realmente se consiga. Por lo tanto y como conclusión de esta primera hipótesis hay que señalar que a pesar del resultado desfavorable, las afecciones consustanciales al bien jurídico integridad corporal en el seno de estas actividades curativas son socialmente adecuadas. Los problemas se plantean en relación con una segunda hipótesis en la que, por ejemplo, el empeoramiento de la salud constituye un resultado desfavorable por sí mismo, puesto que supone una frustración del fin de la actividad socialmente adecuada. Aquí hay que distinguir, por un lado, aquellos casos en los que el resultado desfavorable consiste en un empeoramiento de la salud o muerte imprevisible. Los supuestos de esta naturaleza ya no están cubiertos por el instituto de la adecuación social porque la afección del bien jurídico no ha sido instrumental para producir el resultado de curación o de mejora de la salud, sino que la resolución de tales casos está en el ámbito del riesgo permitido. En mi opinión en estos casos hay que negar ya el desvalor del resultado, esto es, el resultado típico de acuerdo con la tesis que mantengo sobre las relaciones dialécticas que a mi juicio deben establecerse entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado<sup>62</sup>. En consecuencia, no existe un desvalor del resultado pero su inexistencia no se explica si se tiene en cuenta únicamente que esta afección del bien jurídico no es consustancial al ejercicio de la actividad socialmente adecuada, sino que para fundamentar que no hay desvalor del resultado es necesario centrarse en el desvalor de la acción. Por tanto, es la ausencia de dolo

---

<sup>61</sup> Véanse CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 316 y 317; ROMEO CASABONA, C.: *El médico y el Derecho penal*, I, *La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 141 y ss., 210 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 1. Tratamiento en Welzel de la relación entre el riesgo permitido y la adecuación social.

o de imprudencia lo que explica, en primer término, que no haya desvalor de la acción ni desvalor del resultado. Por otro lado, nos encontramos con aquellos resultados desfavorables que son previsibles, como sucede en aquellas operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito en las que para salvar la vida es absolutamente necesario realizar esta operación, pero la experiencia nos dice que en este tipo de intervenciones existe un fracaso del 70% y si se opera en estas situaciones es porque se espera el 30% de éxito. En tales supuestos se puede fundamentar la ausencia del desvalor del resultado en que la eventualidad de la producción del resultado desfavorable con la que necesariamente se cuenta desde un principio con base en la experiencia estadística, es consustancial al ejercicio de una actividad que se orienta también desde el principio a conseguir el fin de que se produzca la utilidad social de esa conducta y, por consiguiente, no hay desvalor del resultado. Puede haber un desvalor del estado de cosas pero no un desvalor penal del resultado por lo que estamos en este último supuesto ante el instituto de la adecuación social<sup>63</sup>.

## 2. Las privaciones de libertad en la participación en medios de transporte colectivos

Este segundo supuesto se refiere a las privaciones de libertad en la participación en medios de transporte colectivos que pueden producirse cuando el pasajero, que se ha equivocado al tomar el tren o el autobús, quiere bajar del mismo entre dos paradas y el conductor no le permite bajar<sup>64</sup>. En este caso, la adecuación social la proyectamos a la acción del conductor que impide a una persona que se baje del autobús en una parada no reglamentaria, pero es necesario concretar la perspectiva desde la que se habla. Si nos centramos sólo en la perspectiva del conductor no podemos obtener una explicación satisfactoria. Una explicación satisfactoria sólo puede plantearse desde el punto de vista del bien jurídico implicado, es decir, la libertad ambulatoria por lo que será necesario partir de la perspectiva de la víctima o del usuario del medio de transporte. Efectivamente, habría en sentido *naturalístico* una restricción a la libertad ambulatoria<sup>65</sup>, pero se trata de actuaciones

---

<sup>63</sup> Véase un supuesto específico más detallado en RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 3. 3. Análisis crítico.

<sup>64</sup> Véanse WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 515; el mismo, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 33; REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, págs. 85 y 86.

<sup>65</sup> Presente en la argumentación de LUZÓN PENA, quien critica resolver la atipicidad de estos casos a través del consentimiento porque sigue subsistiendo el menosca-

que la comunidad social no desapruera sino que por el contrario fomenta, ya que si se permitiera a cada usuario de autobuses, trenes o aviones descender donde quisiera se entorpecería la actividad social del transporte público<sup>66</sup>. El usuario es el primer interesado en alcanzar el adecuado desarrollo de esta actividad, por lo que pone a disposición de la actividad su libertad ambulatoria y acepta esta restricción. La aceptación de esta restricción viene determinada por unas razones normativas que implican una valoración positiva de la misma, de modo que el que expone este bien jurídico propio (libertad ambulatoria) asume por imposición motivada por el interés general, las cargas que se derivan de la participación en esa actividad<sup>67</sup>. El usuario deberá ajustarse a la reglamentación establecida para la utilización de los medios de transporte y entra en juego el consentimiento. Pero hay que tener en cuenta que el consentimiento por sí sólo no decide la adecuación social de una conducta porque esta valoración fundamentada en las mencionadas razones normativas permanece aun cuando no consienta el sujeto. Por las razones expuestas no puede considerarse que en este supuesto exista un desvalor penal del resultado ya que la restricción de la libertad ambulatoria sufrida por el usuario del transporte público colectivo, no constituye el resultado típico del delito de detenciones ilegales.

Este planteamiento trasladado a la perspectiva del conductor implica también unas consecuencias. En primer lugar, se concluye que una negativa del conductor a permitir bajar del medio de transporte públi-

---

bo del bien jurídico, si bien es cierto que admite el consentimiento como causa de atipicidad en relación a determinados delitos; véase LUZÓN PEÑA, D. M.: *Causas de atipicidad y causas de justificación. Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 22 y 23.

<sup>66</sup> Véase REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, pág. 86.

<sup>67</sup> HIRSCH señala que «el funcionamiento de la correspondiente empresa de transportes en cuanto medio de transporte de masas hace necesario el respeto del horario de comunicaciones y de las paradas allí reseñadas, el bien jurídico de la libertad de movimientos debe ser afectado con carácter excepcional. En estos casos, el usuario debe asumir —por muy desagradable que le resulte— la limitación pasajera de su libertad de movimientos, en virtud de intereses que en esas circunstancias resultan de superior valor. Se trata, por lo tanto, de casos de una limitación excepcionalmente lícita de un bien jurídico protegido típicamente»; véase HIRSCH, H. J.: ZStW74, 1962, pág. 116. Del mismo modo KLUG afirma que en las limitaciones de libertad del tráfico moderno no concurre «congruencia social» que excluye el tipo, sino «adecuación social» como una causa de justificación; véase KLUG, U.: *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, FS-Eb. Schmidt, Vandenhoeck-Ruprecht, 1961, pág. 264. Lo discutible de esta argumentación es que se trate de una limitación excepcionalmente lícita del bien jurídico protegido. En mi opinión, se trata de una limitación general del bien jurídico «libertad ambulatoria» que sirve al desarrollo de una función valorada socialmente.

co a un pasajero entre dos paradas no supone una lesión jurídico-penalmente relevante (desvalor penal del resultado) de la libertad ambulatoria, como hemos dicho anteriormente. Pero el problema más específico que se suscita desde la perspectiva del conductor, es decir, desde la perspectiva de la acción es el relativo a si se puede apreciar en el conductor un dolo de realizar el tipo de una privación de libertad al constatarse una afección del bien jurídico de la libertad ambulatoria en el momento en que el pasajero, en el ejemplo enunciado, no da su consentimiento para permanecer en el tren o autobús. No podemos olvidar que el conductor se niega a permitir bajar al pasajero en el desarrollo de una determinada actividad socialmente útil porque cumple con una función en la vida moderna. Para el cumplimiento de esta función es necesario realizar, algunas veces, afectaciones a la libertad ambulatoria de los pasajeros que son imprescindibles para el desarrollo de dicha actividad; de lo contrario se paralizaría la vida en sociedad. Entonces, el conductor tiene conciencia y voluntad de afectar la libertad ambulatoria de otro pero en virtud de una ponderación de intereses, fundamentada en la utilidad social de la programación de esa actividad socialmente valorada, ese comportamiento queda excluido de los tipos y no es por ello doloso<sup>68</sup>, dado que como falta un resultado típico la conciencia y voluntad con la que actúa el conductor no puede ser constitutiva de dolo, si éste se entiende como conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, entre ellos, el resultado típico. La exclusión del tipo de esta clase de comportamientos tiene lugar por una valoración objetiva que se basa en el criterio de la adecuación social, y en virtud de la cual nos trasladamos al ámbito de los bienes jurídicos y explicamos por qué razón esta afección sobre el bien jurídico no es

<sup>68</sup> HIRSCH afirma que en este supuesto falta ya un elemento tácito del tipo de la detención ilegal: la actuación contraria a la voluntad del ofendido; cfr. HIRSCH, H. J.: ZStW 74, 1962, pág. 90. ROLDÁN BARBERO también considera que en estos casos el pasajero, al comprar su billete, «presta su asenso a la limitación temporal de su libertad ambulatoria», y resulta «desmesurado y aparatoso acudir a un criterio extrajurídico cuando de una mera exégesis literalista del precepto debe excluirse ya la tipicidad»; cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, pág. 55. LUZÓN PEÑA plantea que en el caso de una parada prolongada del tren en un descampado, la conducta en principio subsumible en las coacciones o en las detenciones estará justificada o bien por consentimiento tácito en tal emergencia o por estado de necesidad para evitar un choque o descarrilamiento, o por caso fortuito si la parada se debe a fuerza mayor o a una avería; cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso*, I, pág. 561.

<sup>69</sup> ROMEO CASABONA apuntaba que ejemplos tales como el del conductor de autobús, el del peluquero, que actúan con base en una relación contractual previa, son una clara muestra de conductas justificadas por la actuación en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber del número 11 del artículo 8.º del Código pe-

jurídico penalmente relevante<sup>69</sup>. No es jurídico penalmente relevante porque tal afección es consustancial al ejercicio de la actividad socialmente adecuada. La adecuación social proporciona, entonces, un criterio hermenéutico pero de naturaleza normativa y extrasistemático en el sentido de no estructural, que nos suministra información sobre el sentido social de la acción concreta realizada desde el ámbito del desvalor del resultado.

#### d) Conclusiones

La adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos<sup>70</sup>. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción<sup>71</sup> que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses<sup>72,73</sup>. También existe, pues, un ámbito de pondera-

---

nal anterior, constituyendo esta causa de justificación un argumento demoledor contra la adecuación social. Cfr. ROMEO CASABONA, C.: *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 127 y 128. Asimismo, ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, pág. 56. Considera también que en algunos casos de la adecuación social se resuelven a través de la circunstancia 7.<sup>a</sup> del artículo 20, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 88.

Si afirmamos la concurrencia de una causa de justificación admitimos la existencia de una conducta perjudicial socialmente pero justificada en el caso concreto. Este primer desvalor general admitido a través de la causa de justificación aunque justificado, es negado con esta concepción.

<sup>70</sup> Véase WELZEL, H.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 33.

<sup>71</sup> En este primer nivel de la ponderación que debe tenerse en cuenta para interpretar los tipos de lo injusto deben tenerse en cuenta las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes, pues ellas influyen decisivamente en el ámbito de protección de los bienes jurídicos; cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, I, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 15 y ss.

<sup>72</sup> ROLDÁN BARBERO apunta, sin embargo, que la adecuación social es un criterio sociológico que tiene también una naturaleza extranormativa; véase ROLDÁN BARBERO, H.: *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, 1992, pág. 115 y pág. 123: «Desde un punto de vista sistemático entendemos que la adecuación social, dadas las razones sustanciales sobre las que descansa, debe gozar de autonomía respecto al criterio de teleológico de la interpretación. A éste le corresponde una función intranormativa. A aquella, extranormativa».

<sup>73</sup> Dada su naturaleza extrasistemática, la adecuación social constituiría un principio jurídico general cuya significación de ningún modo se limita al Derecho penal sino que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico. Esta afirmación aparece por primera vez en WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., 1956, pág. 69.

ción de intereses en el nivel sistemático de la tipicidad. En efecto, en este primer nivel, el legislador, a la hora de tipificar una conducta se orienta ya por determinados criterios y pautas generales de ponderación de intereses y después el juez deberá comprobar, en el caso concreto, si la acción es o no de la clase de las que ya quedaron excluidas del tipo de modo absoluto y *a priori* en el acto legislativo en virtud de aquella ponderación, por lo que podemos incluso afirmar que todo y cualquier comportamiento que se realice en este primer nivel, aun cuando sea un comportamiento consciente y voluntario, en ningún caso será típico porque la acción es socialmente útil de un modo general y no sólo en el caso concreto. El criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad<sup>74</sup>. El fundamento de la adecuación social reside en que existen unas relaciones entre los bienes jurídicos que suponen el desarrollo de una función en el marco de la vida social. Con ello se pone también de manifiesto que un sistema funcional de los bienes jurídicos es significativo para el mundo del Derecho que, en opinión de Welzel, es «el mundo del sentido, del significado»<sup>75</sup>, y la adecuación social es la que refiere «los elementos del tipo... al conjunto de la sociedad»<sup>76</sup>, y precisamente el instituto de la adecuación social se debe relacionar con dicho sistema<sup>77</sup>. La adecuación social sería realmente una causa de exclusión del desvalor penal del resultado, en el sentido de que no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes porque debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio

---

<sup>74</sup> No tiene sentido plantearse la cuestión de si el filtro que supone la adecuación social, tiene más o menos sentido en el delito doloso o en el delito imprudente, porque la adecuación social no puede prescindir del contenido de la voluntad del autor, de la finalidad del autor que está presente en ambas modalidades delictivas y respecto de las cuales, actúa la adecuación social como un filtro.

<sup>75</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 530.

<sup>76</sup> Véase WELZEL, H.: ZStW 58, 1939, pág. 530.

<sup>77</sup> En este sentido podemos afirmar con SANCINETTI que «la norma jurídico-penal, ni siquiera a través de la capacidad de motivación del hombre, puede motivar a una mera abstención de producir todo efecto causal negativo, en razón de que la sociedad necesita de la vida social y ésta implica lesiones causales probables e incluso seguras, por tanto, asumidas con pleno conocimiento». Véase SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 87.

de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Así como criterio hermenéutico serviría para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción. Por supuesto esto incide de lleno en la doctrina del desvalor de la acción, ya que la doctrina de la acción finalista siempre ha partido de la premisa de que no existen acciones finales en sí o en absoluto, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización<sup>78</sup>, y de que, por ello, tampoco hay un desvalor *en sí* o *en absoluto* de la acción, sino que éste sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado<sup>79</sup>.

#### IV

El supuesto de hecho que se plantea en la STS objeto de este comentario consiste en la privación de libertad de un menor de siete años de edad y es necesario dilucidar si puede considerarse socialmente ade-

<sup>78</sup> Cfr. WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.<sup>a</sup> ed. Traducc. Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964, pág. 28.

<sup>79</sup> Cfr. CEREZO MIR, J.: *Notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, 4.<sup>a</sup> ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 44 y 45, nota 10; el mismo, *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 203. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general*. Prensas Universitarias de Zaragoza. Zaragoza, 1985, págs. 301 y ss.; el mismo, AP, n. 18/2, 1994, pág. 355; el mismo, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. D., y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios. Valencia, 1997, pág. 862; HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 72 y ss.

<sup>80</sup> El bien jurídico protegido en el delito de detenciones ilegales está constituido, como ha señalado un amplio sector doctrinal, por la libertad de movimiento [cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. en DÍEZ RIPOLLÉS, J. D., y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios, Valencia, 1997, pág. 714 y la bibliografía citada en la nota 7], que supone una «concreción de la libertad personal a partir de la variable atinente a la esfera social en que aquella se desenvuelve, que en este caso posee una clara connotación espacial»; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: ob. cit., pág. 714. Ahora bien, los tipos de detención no protegen frente a toda clase de privaciones de libertad ambulatoria, sino únicamente frente a las que resultan abarcadas por los términos típicos, y en especial por los resultados de «encierro» o «detención» [cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ob. cit., pág. 715], lo que implica, según DÍEZ RIPOLLÉS, que el objeto de protección se configure como la libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ob. cit., pág. 715; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995, Delitos contra la libertad y la seguridad*, págs. 360, 361 y 362; el mismo, *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, págs. 19-67. A juicio de



cuada la afección del bien jurídico libertad ambulatoria<sup>80</sup> en la realización de una broma en una feria en la que es práctica habitual las denominadas «invasiones y secuestros»<sup>81</sup>. Se trata de determinar si la realización de este comportamiento en un determinado contexto jocoso priva ya al hecho del sentido social típico de las detenciones ilegales. Algunas atracciones de feria pueden entrañar ciertas injerencias en el bien jurídico libertad ambulatoria que se valoran positivamente por la sociedad en virtud del contexto en que se producen, cuando un grupo de personas involucran su libertad ambulatoria en una atracción de feria con el único fin de divertirse y en un tono jocoso. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de unas personas que se montan en una noria y una de ellas cuando se encuentra en la cima decide bajarse antes de que finalice la atracción porque no le divierte. En este caso formalmente podría ser subsumida la afección del bien jurídico libertad ambulatoria en el tipo de las detenciones ilegales, y lo que deberemos plantearnos, en suma, es si este bien jurídico se encuentra involucrado de un modo consustancial en una actividad socialmente adecuada y en consecuencia si no puede constituir el resultado descrito por el tipo pe-

---

DÍEZ RIPOLLÉS, «la restricción de la protección de la libertad de movimiento a su faceta, más negativa que positiva, de la libertad de abandono, no sólo responde a la vigente estructura de los tipos sino que es coherente con el principio de intervención mínima en Derecho penal, que obliga a renunciar a una tutela absoluta de la libertad de locomoción, por lo demás imposible de garantizar en cualquier orden natural o social, conformándose con defenderla frente a sus obstaculizaciones más graves»; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: ob. cit., pág. 716.

<sup>81</sup> El supuesto de hecho que se plantea en la STS objeto de este comentario se refiere a que «Andrés, de siete años de edad,... se encontraba... en la caseta de “M” (n.º...) del Campamento de Cartagineses y Romanos, instalado en la Rambla de Benipila de Cartagena, con ocasión de la celebración de las fiestas de ese nombre. A dicha caseta llegó el acusado Ginés... Cuando los arqueros abandonaron la caseta para visitar otras iban con ellos tanto el menor como el acusado, y al caer al suelo aquél, éste le ayudó a levantarse. Estuvieron jugando y bailando en la caseta de “L”... De dicha caseta se marcharon a la “P” (n.º...) y a la n.º... de “I”, para volver a la de “M”. Sin embargo, el acusado, con intención de sacar del recinto al menor, le agarró de la muñeca apartándolo de aquel grupo. Al preguntarle el niño por qué hacía eso, le contestó el acusado que era porque su abuela le había dicho que lo llevase con ella. Al preguntarle el niño el nombre de su abuela y contestarle el acusado “Isabelita», al no ser cierto, trató el niño de soltarse pero el acusado se lo impidió cogiéndolo en brazos. El niño comenzó a gritar pidiendo auxilio y a patear, consiguiendo agarrarse a la valla de una caseta camino de la salida del Campamento donde había Policía local, por lo que el acusado intentó salir por otro sitio, para lo cual se dirigió el acusado con el niño en brazos hacia un espacio de escenario que por la parte de atrás estaba oscuro y oculto, con el fin de salir por ese lugar, llegando incluso a intentar arrojar al menor hacia fuera por encima de la valla, lo que no consiguió al agarrarse dicho menor a una cuerda».

Quisiera agradecer al Presidente de la Audiencia Provincial de Murcia el envío de la Sentencia n.º 37/96, de fecha 11 de noviembre de 1996, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia.

nal. La afección del bien jurídico no está desvalorada y no existe un desvalor penal del resultado si se realiza en este ámbito interno descrito caracterizado por la realización de tales afecciones del bien jurídico en un contexto de broma, y que incide en el significado social de las acciones que afectan de tal manera al bien jurídico. Consecuentemente se puede fundamentar en estos casos la exclusión de la tipicidad por razones extrasistemáticas que determinan la adecuación social de estos comportamientos, puesto que el propio contexto de la actividad de diversión absorbe el desvalor del hecho que no trasciende a ámbitos sociales fuera de la propia atracción de feria. De este modo parece excesivo que deban someterse a un castigo penal tales privaciones de libertad, por lo que se puede considerar que en el supuesto de la noria determinado por la realización de un contexto jocoso en una atracción de feria que se acepta socialmente, el bien jurídico de la libertad ambulatoria debe ser afectado consustancialmente para su desarrollo. Por tanto, se concluye en relación al supuesto de la noria con la adecuación social de esta afección del bien jurídico y nos hemos centrado en el ámbito de valoración del resultado. Si pasamos, a continuación, al ámbito de valoración de la acción observamos que la misma ha sido emprendida con un fin en dirección a la realización de la función para la que está dispuesto ese bien jurídico, que determina la inexistencia del desvalor del resultado y también del desvalor de la acción ya que no podemos considerar que la conciencia y voluntad de la persona de afectar a ese bien jurídico en este determinado contexto sea constitutiva del dolo. Como todo se desarrolla en un ámbito interno durante la realización de un juego en una atracción de feria no existe un desvalor penal del resultado, ya que la afección del bien jurídico no está desvalorada al ser consustancial al desarrollo de una actividad aceptada en la vida de la comunidad y el propio contexto de la actividad de diversión absorbe el desvalor del hecho que no trasciende a ámbitos fuera de la propia actividad de diversión. Esta interpretación no supone relegar a la adecuación social a una mera aceptación *social fáctica* de determinadas formas de comportamiento<sup>82</sup>, sino que la adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no

---

<sup>82</sup> Cfr. las consideraciones que efectúa CANCIO MELIÁ en torno al diseño original de la categoría de la adecuación social en WELZEL; cfr. CANCIO MELIÁ, M.: ADPCP, 1993, pág. 714. En la STS 5297/1993 de 28 de junio se pone también de manifiesto que «no cabe confundir la reiteración estadística de ciertos hechos punibles con la aprobación o tolerancia social del mismo, que caracteriza a la adecuación social como fundamento de exclusión de la tipicidad en casos excepcionales».

soportable (típico) por el orden social. Sin embargo, si la restricción a la libertad ambulatoria no responde a las características internas de la atracción o del juego, como sucede en el supuesto de hecho que se enjuicia en la Sentencia<sup>83</sup>, ya no podemos considerar que tal afección es socialmente adecuada puesto que trasciende a la propia actividad de diversión. Esta última cuestión es apreciada correctamente en esta STS al señalar que «la relevancia de la privación de la libertad es decir su falta de adecuación social, proviene de la circunstancia que el acusado no privó al niño de ella por motivos socialmente aprobados. La pretensión de que su propósito era un secuestro en el sentido del juego que se desarrollaba en la feria donde ocurrieron los hechos, no sólo carece de todo respaldo en los hechos probados, sino que en la forma en la que éstos se desarrollaron es evidente que no respondía a las características del juego». Así, tal y como se concluye en la sentencia que es objeto de este comentario, tales bromas pueden constituir un delito de detención ilegal cuando determinan una afección del bien jurídico que no es considerada como socialmente adecuada, porque ya no concurren las valoraciones sociales que subyacen a la ponderación de intereses que lleva a cabo el legislador para trazar el límite entre lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La utilización del instituto de la adecuación social en esta STS es correcta porque entiende que la adecuación social es un criterio de interpretación que restringe el alcance literal de los tipos de la Parte especial<sup>84</sup>, puesto que excluye de los mismos las conductas valoradas socialmente adecuadas y constituye un instrumento valioso para interpretar el sentido del tipo de las

<sup>83</sup> Véase el supuesto de hecho descrito en la nota 81.

<sup>84</sup> ARMIN KAUFMANN señaló en relación a la adecuación social: «Por ello es correcto el camino iniciado por Hirsch, seguido también por Roxin, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la *interpretación de los tipos particulares y, al mismo tiempo resolverla*. Véase ARMIN KAUFMANN, «*Objektive Zurechnung*» beim *Vorsatzdelikt?*, FS-Jescheck. Berlin, 1985, pág. 268 [trad. pág. 823]; cursiva en el original. Por su parte, HIRSCH afirma que «de lo que se trata es de la aplicación de puntos de vista precisos en una interpretación restrictiva del tipo y de puntos de vista dogmáticos perfilados, por ejemplo, en la imprudencia de la exigencia de la lesión del deber cuidado objetivo» aunque rechaza, seguidamente, la utilidad del concepto de la adecuación social; cfr. HIRSCH, H. J.: *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, FS-Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 421. Cfr. además, RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Tesis doctoral, Zaragoza, 2000, Capítulo III, 3. Consecuencias: la significación social de una conducta.

<sup>85</sup> POLAINO NAVARRETE destacó en el estudio del tipo delictivo de la detención ilegal la especial significación que asume la adecuación social de la conducta, al confirmar la relatividad normativa propia del concepto de libertad de movimiento, estableciéndose ciertos límites sociales al ámbito de relevancia de la misma. Véase POLAINO NAVARRETE, M.: *El delito de detención ilegal*, Ed. Aranzadi, 1982, pág. 151. Este autor apunta que «la trascendencia que ofrece la adecuación social de la conducta viene con-

detenciones ilegales<sup>85</sup>. Ahora bien, lo que me parece erróneo de la sentencia del TS es que no se ha tenido en cuenta el hecho de que el sujeto pasivo tenga siete años de edad y, en consecuencia, debería haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 165 que establece una agravación de las penas de los artículos 163 y 164 del Código penal si la víctima fuere menor de edad<sup>86</sup>. En virtud del artículo 165 debería imponerse la mitad superior de la pena de prisión del artículo 163.2, que establece a su vez la pena inferior en grado a la del artículo 163.1 del Código penal<sup>87</sup>. Como los hechos se cometieron durante la vigencia del anterior Código penal de 1973 y su enjuiciamiento se llevó a cabo con la vigencia del Código penal de 1995, esta calificación sí que va a repercutir en la cuestión de la determinación de la ley más favorable. En efecto con la nueva calificación según el Código penal de 1995, la pena que se puede imponer es de prisión de tres años<sup>88</sup>, mientras que con el Código penal de 1973 es de dos años de prisión menor y multa de ciento veinte mil

---

dicionada en el marco de la esfera de privación de la libertad ambulatoria personal por la conciencia de que una libertad absoluta de movimiento no es en rigor reconocible a nadie. Esta básica constatación deriva de la ponderación de innumerables factores sociológicos,... y que plantean la ineludible exigencia de valorar las específicas circunstancias tanto personales como objetivas del contexto social en el que el sujeto establece y determina su esfera de movimientos»; cfr. el mismo, ob. cit, pág. 151.

<sup>86</sup> Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. D., y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios, Valencia, 1997, págs. 752 y 753.

A la vista del supuesto de hecho cabe plantearse también la posibilidad de apreciar un delito de coacciones del artículo 172 de CP de 1995. Sin embargo, ello conduce a considerar las relaciones entre el delito de coacciones y el delito de detenciones ilegales, lo que no es objeto del presente comentario.

<sup>87</sup> Por lo tanto, según el artículo 163.1 del CP la pena a imponer es de prisión de cuatro a seis años y la pena inferior en grado, según la atenuación del artículo 163.2 del CP, es de prisión de dos a cuatro años menos un día. La mitad superior de esta pena, según la agravación del artículo 165, es de tres a cuatro años menos un día. Como no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, según el artículo 66.1.<sup>a</sup>, el Juez podrá recorrer toda la extensión teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. Cfr. la interpretación de los preceptos de la medición de la pena del CP llevada a cabo por BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA (Coord.)/BOLDOVA/ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2000, págs. 173 y ss.

<sup>88</sup> Véase nota 87. Al ser una pena de prisión de tres años no cabe aplicar el artículo 80 del CP de 1995, según el cual el Juez podrá dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, que le había conducido al TS a considerar el CP de 1995 como ley penal más favorable, al condenar al autor de las detenciones ilegales con arreglo al artículo 163. 2 del CP de 1995 a una pena de prisión de 2 años.

<sup>89</sup> Para determinar la ley más favorable hay que atender a la pena concreta que se impondría al delincuente con arreglo a la ley anterior y posterior; cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*. I, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 188.

pesetas<sup>89</sup>. Por lo tanto, no se puede aplicar con carácter retroactivo el Código penal de 1995 como considera el Tribunal Supremo porque no resulta más favorable, sino que debe aplicarse el artículo 480 del CP/1973, conforme al cual al autor de estos hechos le corresponde una pena de dos años de prisión menor y multa de ciento veinte mil pesetas<sup>90</sup>.

## V

Finalmente indicaremos unas consecuencias en relación a la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de las detenciones ilegales. El tipo subjetivo del tipo de las detenciones ilegales está constituido por el dolo que requiere el conocimiento y la voluntad de impedir a una persona que abandone el lugar donde se encuentra<sup>91</sup>. Sin embargo, como ha señalado Muñoz Sánchez el dolo no exige que la privación de la libertad de abandono sea la única finalidad ni el objeto final de la acción<sup>92</sup>. Una cuestión planteada en el estudio del tipo subjetivo del delito de las detenciones ilegales es la de si la realización del tipo exige o no que concurran otros elementos subjetivos distintos del dolo. Mayoritariamente la doctrina no exige en el delito de las deten-

<sup>90</sup> Según el párrafo tercero del artículo 480 del CP/1973, «si el culpable diere libertad al encerrado, o detenido, dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 100.000 a 200.000 pts.».

<sup>91</sup> Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, pág. 169. LANDROVE DÍAZ, G.: *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 65, afirma que «el dolo abarca, consecuentemente, la conciencia y la voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley».

<sup>92</sup> Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, pág. 169. Cfr. asimismo LANDROVE DÍAZ, G.: *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 66.

<sup>93</sup> Véanse MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 12.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 168; LANDROVE DÍAZ, G.: *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 66; Díez Ripollés, J. L., en Díez Ripollés, J. D. y Gracia Martín, L., *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant lo Blanch, Tratados y comentarios. Valencia, 1997, págs. 737 y 738; JORGE BARREIRO, A.: *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 467; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal, Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 173; PRATS CANUT, J. M.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 150. PAZ RUBIO, J. M./COVIÁN REGALES, M.: *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997, pág. 1975, señalan que «aunque no haya elemento subjetivo de lo injusto, el autor ha de perseguir la realización del tipo, no siendo suficiente el hecho de que el encierro o detención sea una consecuencia necesaria o que cuente con esa posibilidad (dolo eventual)».

Asimismo, en la doctrina alemana cfr. ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 25.<sup>a</sup> ed., § 239, nm. 9, pág. 1677, y HORN, E.: SK, 6.<sup>a</sup> ed., § 239, n.º 10.

ciones ilegales un elemento subjetivo de lo injusto además del dolo<sup>93</sup>. Y del mismo modo se ha pronunciado recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia 8794/1997 de 16 de diciembre, que afirma que «el elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo». Esta tendencia jurisprudencial parece consolidarse en las STS 9787/1998, 3581/1995, 1900/1995, 1089/1994, 7191/1992 y 8372/1990. Ahora bien, algún autor, como Puig Peña, ha señalado que no existe el delito de detención ilegal en «los casos en que el encierro no es exponente del deseo de atentar contra la libertad ajena, sino motivación distinta»<sup>94</sup>.

La importancia de la exigencia de elementos subjetivos de lo injusto distintos del dolo viene determinada por el efecto y el papel que desempeñan en el tipo<sup>95</sup>. Como señala Gil Gil, un elemento subjetivo de lo injusto puede cumplir dos funciones diferentes: o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación, o restringir el tipo mediante la concreción de la conducta que se quiere castigar<sup>96</sup>. Así en el primer caso los elementos subjetivos de lo injusto definen la voluntad dirigida hacia la lesión del bien jurídico —o bien hacia la realización de una segunda acción cuyo resultado o cuya mera realización representará la lesión del bien jurídico—. En este supuesto la lesión del bien jurídico —o la realización de esa segunda conducta

---

En relación al anterior Código Penal, véanse MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, págs. 173-175; POLAINO NAVARRETE, M.: *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Madrid, 1982, pág. 176; MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, pág. 61.

<sup>94</sup> Véase PUIG PEÑA, F.: *Detenciones ilegales*, NEJ Seix, tomo VII, 1955, pág. 386. GÓMEZ PAVÓN ha señalado que «es un delito eminentemente doloso, donde éste debe extenderse tanto al hecho de encerrar o detener, como al efecto de privar de libertad a la víctima, lo que puede llevar a la consideración de este propósito —privar de libertad ambulatoria— como un elemento subjetivo de lo injusto, puesto que no todo encierro o detención deben estar guiados por este propósito necesariamente»; cfr. GÓMEZ PAVÓN, P.: *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, págs. 906 y 907.

<sup>95</sup> Véase GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pág. 233, nota 128, quien señala que lo importante en una clasificación de los elementos subjetivos no es el dato de si se trata de fines o de tendencias, sino precisamente su efecto y el papel que juegan en el tipo.

<sup>96</sup> Véase GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pág. 233. Véanse, además, con carácter general, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 316 y ss., y CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 120 y ss.

cuyo resultado o mera actividad identificará la lesión del bien jurídico— queda fuera del tipo objetivo y no es preciso que se realice<sup>97</sup>. En el segundo caso los elementos subjetivos no identifican por sí solos la lesión del bien jurídico sino únicamente la concreta forma de lesión que se quiere castigar<sup>98</sup>. Atendiendo a esta clasificación debemos concluir que según la descripción típica del artículo 163.1 deberemos rechazar la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto del primer grupo citado, puesto que aunque en el artículo 163.2 se establece una atenuación de la pena del tipo básico de las detenciones ilegales si el culpable da libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención «sin haber logrado el objeto que se había propuesto», no debe deducirse que sólo se apreciará el delito de detenciones ilegales cuando la conducta privativa de libertad suponga un acto interpuesto para la consecución de un ulterior resultado, como ya resaltara Córdoba Roda en relación al anterior Código penal<sup>99</sup>. Asimismo deberemos rechazar la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto del segundo grupo porque no se identifica una forma de lesión del bien jurídico que se quiere castigar, dejando impunes otras formas de perturbación de dicho bien jurídico. Como ha quedado dicho anteriormente en el supuesto de las privaciones de libertad en la participación en medios de transporte públicos, el conductor del autobús tiene conciencia y voluntad de afectar la libertad ambulatoria de otro pero en virtud de una ponderación de intereses, fundamentada en la utilidad social de la programación de esa actividad socialmente valorada, ese comportamiento queda excluido de los tipos y *no* es por ello *doloso*, dado que como falta un resultado típico la conciencia y voluntad con la que actúa el conductor no puede ser constitutiva de dolo si éste se entiende como conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. También en el supuesto del que participa en una atracción de feria de las características referidas anteriormente<sup>100</sup> pone a disposición del desarrollo de la misma en un contexto jocoso su libertad ambulatoria,

97 Véase GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, págs. 233 y 234.

98 Véase GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, 1999, pág. 235.

99 Véase CÓRDOBA RODA, J.: ADPCP, 1965, pág. 19. El TS en relación al anterior Código penal en un principio señaló para la realización del tipo básico de detención ilegal un «dolo específico» o un «elemento subjetivo de lo injusto» concebido como un «ánimo ilícito de privar de libertad» [cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, pág. 170] y, como apunta MUÑOZ SÁNCHEZ, en conexión lógica con lo anterior la jurisprudencia rechazaba la realización del art. 480 cuando la detención representa un medio para la consecución de una meta ulterior; cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *ob. cit.*, pág. 170.

<sup>100</sup> Me refiero al caso expuesto en el texto de la afección del bien jurídico libertad ambulatoria cuando una persona que está en la cima de una noria decide bajarse antes de que finalice la atracción porque no le divierte.

acepta esta injerencia que priva ya al hecho del sentido social típico de las detenciones ilegales y absorbe el desvalor del hecho que no trasciende a ámbitos sociales fuera de la propia atracción de feria. Estos argumentos no suponen un obstáculo para negar la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto del segundo grupo en el delito de las detenciones ilegales. Por todo ello, concluimos que de la transcripción del artículo 163. 1 del CP no puede deducirse la exigencia expresa o tácita de un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo y, entonces, tienen razón aquellos argumentos que se han esgrimido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, para rechazar la existencia de un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo en el delito de las detenciones ilegales, y se fundamentan en que no hay base legal que permita hablar de un elemento subjetivo<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Véase MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*, Ed. Trotta, 1992, pág. 174, y en relación a las posiciones de GROIZAD, PUIG PEÑA y RODRÍGUEZ RAMOS, el mismo, ob. cit., págs. 174 y 175; CÓRDOBA RODA, ADPCP, 1965, págs. 18 y 19.