

Algunos aspectos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal (*)

ARACELI MANJON-CABEZA OLMEDA

Profesor Titular Interino de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

El artículo 325 bis se introduce en el Código penal en el título IV, relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, por la Ley de Reforma Urgente y Parcial del 25 de junio de 1983. Sorprende la ubicación sistemática que, dentro del título, recibe el artículo de referencia, ya que se incluye en el capítulo I, dedicado a la acusación y denuncia falsas, que con anterioridad a la reforma de 1983 sólo recogía el artículo 325 referido al delito que daba nombre al capítulo.

Las figuras delictivas nuevas, pues en realidad son dos distintas, nada tienen que ver con la acusación y denuncia falsas, salvo el que afectan a la Administración de Justicia; pero por lo demás se refieren los dos preceptos, el 325 y el 325 bis, a la protección de otros bienes jurídicos distintos (1) y tienen estructuras típicas perfectamente dife-

(*) El presente trabajo no pretende ser un tratamiento exhaustivo de los tipos contenidos en el artículo 325 bis del Código penal, limitándose al análisis de algunos aspectos parciales.

(1) En el párrafo 1 del artículo 325 bis se protege la Administración de Justicia, puesto que se pretenden evitar las conductas que supongan una intervención no libre de testigos, peritos, etc.; pero de forma, aunque sea mediata, también se está protegiendo la libertad de obrar de dichos sujetos. En cambio, en el párrafo 2 es más que dudoso que el objeto de protección siga siendo la Administración de Justicia y, sin embargo, es claro que se protegen otros bienes jurídicos, concretamente la vida, la integridad, la libertad, la seguridad y los bienes de las personas aludidas en el párrafo anterior. Luego el artículo 325 bis ni siempre, ni sólo protege la Administración de Justicia. Por lo que se refiere a la acusación y a la denuncia falsas, algunos autores han señalado que se protege, junto a la Administración de Justicia, el honor del falsamente denunciado o acusado (MUÑOZ CONDE, F., «DPPE», 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 655. Y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «DPEPE», 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 970). Otros han afirmado incluso que «...el fundamento del delito ha de encontrarse en la *lesión del honor*, que, desde luego, prevalece en este caso sobre las perturbaciones procedimentales que pudieran producirse» (COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S., y otros, «DPPE», vol. I, Valencia, 1987, p. 285). Argumentos en contra del carácter pluriofensivo del delito del artículo 325 pueden verse en MAGALDI, M. J., y GARCÍA ARÁN, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la reforma penal*, en «Docu-

renciadas (2), lo cual justificaría su mejor tratamiento en capítulos distintos, con rúbricas que hiciesen referencia, en cada caso, al verdadero contenido de los preceptos. En el Proyecto del Código penal de 1980 se recoge un precepto casi idéntico, en el artículo 512, del que el artículo 325 bis es prácticamente una reproducción (3). Este artículo 512 se sitúa en un capítulo que lleva por título «De la obstrucción a la Justicia y de la realización arbitraria del propio derecho» y que contiene tres preceptos: los dos primeros relativos a la obstrucción a la Justicia y el tercero a la realización arbitraria del propio derecho (4). Más correcta parece la técnica utilizada por la PANCP de 1983, que recoge en el capítulo VI, «De la obstrucción a la Justicia», tres preceptos, siendo el segundo de ellos, el 436, el relativo a los delitos objeto de estudio. Este artículo 436 reproduce casi literalmente los términos del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980 (5).

Sobre la necesidad de incluir el artículo 325 bis en el Código penal, la doctrina no es unánime, siendo necesario distinguir en este punto entre el delito del párrafo 1 y el del párrafo 2. En el primero se castigan las conductas violentas o intimidatorias realizadas sobre testigos, denunciantes, etc., con la finalidad de que modifiquen su actuación procesal. Como ha señalado Muñoz Conde, se trata de atentados genéricos a la libertad ya punibles conforme a las figuras de coacción o amenaza, por lo que el único sentido de la nueva tipifi-

mentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 417 y ss. Y más ampliamente en MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa*, en «ADP», 1987, pp. 37 y ss. Pone de manifiesto esta autora que el delito del artículo 325 no es pluriofensivo puesto que los móviles personales que pueda perseguir el autor son ajenos a la estructura típica y, en su caso, pueden dar lugar a un concurso de infracciones.

(2) En este sentido ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 416. Y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Coacción o represalia a denunciante, perito, intérprete o testigo*, en «Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código penal de 1983», t. V, vol. 2, Madrid, 1985, p. 721.

(3) Hay una importante diferencia por lo que se refiere a la regla concursal del párrafo 2 que produce oscuridad y dudas en el actual artículo 325 bis; a ello me referiré más adelante.

(4) LUZÓN PEÑA señala que no se entiende bien por qué se coloca en el mismo capítulo la obstrucción a la Justicia y la realización arbitraria del propio derecho, pues estas figuras no guardan relación entre sí, ya que la primera incide en el proceso, mientras que la segunda afecta a la fase preprocesal, en la medida en que se prescinde de la actuación de la Justicia (*Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Libro homenaje al Profesor Antón Oneca», Salamanca, 1982, p. 779).

(5) Las diferencias entre los artículos 512 del PCP y 436 de la PANCP son dos: 1) la pena, en el artículo 512 es de 6 meses a un año de prisión o multa de 6 a 24 meses, mientras que en el artículo 436 es de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 24 meses; 2) el artículo 512, en su párrafo 2, se refiere a cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad y *seguridad*, mientras que el artículo 436.2 habla de cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad o *indemnidad sexual* o bienes. Es decir, se sustituyen los actos contra la seguridad por los actos contra la indemnidad sexual.

cación es la agravación de la pena (6). En cambio Magaldi y García Arán creen «...necesaria y correcta la incriminación de tales conductas, porque la libertad de los intervinientes en un proceso es presupuesto ineludible del principio de contradicción y de la validez del proceso». Lo que justifica, a juicio de estas autoras, el que el legislador adelante las barreras penales construyendo el tipo del artículo 325 bis como delito de peligro (7).

Lo que parece evidente es que las conductas de violencia e intimidación recogidas en el párrafo 1 del nuevo artículo 325 bis eran ya típicas conforme a las figuras de amenaza imponiendo condición, cuando se trataba de intimidación, y de coacciones, cuando se emplea la violencia; lo que ocurre es que las penas de estos delitos son menores que las del artículo 325 bis, debiendo tenerse en cuenta que para aplicar la superior pena del nuevo precepto basta con el intento, es decir, la consumación no requiere la producción del resultado, cual ocurre con las amenazas condicionales y con las coacciones. A estas diferencias de penas nos referiremos más adelante.

- En relación al párrafo 2, que castiga las represalias que se puedan tomar contra los que ya han intervenido en un procedimiento por su actuación en el mismo, se preconiza su desaparición, por lo que tiene de innecesario y porque crea más problemas de los que pretende solucionar, dada la incomprensible regla concursal que tiene en su último inciso. Este aspecto será objeto de tratamiento especial.

II. EL TIPO DEL PARRAFO PRIMERO DEL ARTICULO 325 BIS

1. La relación con los tipos de amenazas condicionales y coacciones

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis tiene un evidente paralelismo con los delitos de amenazas condicionales y coacciones, ya que la conducta descrita en el nuevo tipo consiste en el

(6) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667. De la misma opinión es QUINTERO OLIVARES en relación al artículo 512 del PCP de 1980, pues entiende que estas conductas «...de no existir este tipo, serían igualmente punibles. El tipo especial indica una voluntad legal de diferenciar agravatoriamente el ámbito práctico en que el hecho se produce creando un delito que entrara en concurso con el que en todo caso constituya» (*Los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1980, núm. extraordinario, p. 200). También refiriéndose al artículo 512 del PCP ha señalado LUZÓN que el sentido de la figura está en la mayor pena que se aplica, puesto que tratándose en realidad de una tentativa de coacciones, merece pena superior a la de la genérica tentativa de coacciones (art. 192). Pero señala este autor que cuando se trata de una coacción consumada «...entonces de pronto el tipo especial se convertiría absurdamente en tipo privilegiado, ya que no podría llegar a imponer nunca la pena de prisión de tres años que permiten las coacciones genéricas» (*Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 797). Como veremos, este absurdo efecto privilegiador no se produce en el actual Código penal, dado el mayor marco penal del artículo 325 bis con respecto a las coacciones y amenazas.

(7) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 429.

ejercicio de la intimidación o violencia. Para la determinación de estas dos modalidades de conducta resulta útil la remisión a los conceptos que de violencia e intimidación ha elaborado la doctrina al referirse a las coacciones y amenazas condicionales (8), motivo por el cual aquí haremos sólo una breve alusión.

Por lo que se refiere a la violencia, hay que tener presente el proceso de espiritualización o volatilización que ha sufrido, pasando de ser conceptuada exclusivamente como fuerza o energía que recaía sobre el cuerpo de la víctima, para admitirse posteriormente la fuerza ejercitada sobre un tercero o sobre una cosa, incluso, el uso de narcóticos o de la hipnosis. En este sentido afirma Mir que «...la esencia de la coacción no requiere la violencia como fuerza material sobre una persona, sino sólo como *fuerza sobre la libertad de actuación*» (9).

Problema importante es el que plantea la inclusión de la intimidación en el marco de la violencia a efectos de coacciones. Así el Tribunal Supremo, siguiendo a Carrara (10), distingue entre intimidación y amenaza, en base a que en la primera se anuncia un mal inmediato, mientras que en la segunda el mal conminado es remoto, y en base a ello incluye la intimidación dentro del ámbito de la violencia. Esto ha llevado al propio Tribunal Supremo a decir que amenazas condicionales y coacciones son figuras coincidentes. La doctrina rechaza esta postura jurisprudencial, entendiendo que la intimidación no puede constituir coacción, sino amenaza condicional (11). Tratándose de amenazas condicionales y coacciones, es importante determinar si la intimidación integra una u otra figura, aunque sólo sea por su diferente penalidad; pero en el supuesto del artículo 325 bis la discusión carece de consecuencias, porque tanto la intimidación como la violencia, ejercitadas con la finalidad descrita en el tipo, tienen tratamiento unitario, mereciendo la misma pena.

Decía que el paralelismo entre los delitos de coacciones y amenazas condicionales, por un lado, y el delito del párrafo 1 del artículo

(8) A parte de las obras generales, puede verse TORIO LÓPEZ, A.: *La estructura típica del delito de coacción*, en «ADP», 1977, pp. 19 y ss. MIR PUIG, S.: *El delito de coacciones en el Código penal*, en «ADP», 1977, pp. 269 y ss. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Sobre el delito de coacciones*, en «Estudios Penales y Criminológicos», VI, Santiago de Compostela, 1983, pp. 103 y ss. MIRA BENAVENT, J.: *El concepto de violencia en el delito de coacciones*, en «CPC», 1984, núm. 22, pp. 95 y ss. HIGUERA GUIMERA, J. F.: *El delito de coacciones*, 2.ª ed., Barcelona, 1983.

(9) *El delito de...*, ob. cit., p. 278. Esta interpretación evita dar un trato diferencial al impedir y al compeler.

(10) «Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale», IV, 9.ª ed., Firenze, 1923, § 2132. La distinción de Carrara no es válida en nuestro Derecho pues parte de un plano más amplio, distinguiendo entre extorsión, amenazas simples, condicionales, hurto violento y coacciones. Críticamente se manifiestan RODRÍGUEZ DEVESA, «DPEPE», ob. cit., p. 278. Y MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 283.

(11) En este sentido MIR PUIG: *El delito de...*, ob. cit., p. 284. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Sobre el delito...*, ob. cit., p. 117. MIRA BENAVENT: *El concepto...*, ob. cit., p. 153.

325 bis por otro, es evidente. Sin embargo hay diferencias fundamentales: así las coacciones y las amenazas condicionales son delitos de resultado, pues la amenaza o la violencia han de producir la entrega de una cantidad o el cumplimiento de una condición (arts. 493.1 y 494) o una acción u omisión (art. 496), siendo además delitos de lesión (12), mientras que el delito que nos ocupa es de mera conducta y de peligro, como veremos a continuación. Además la aplicación del artículo 325 bis)-1, que siempre será preferente con respecto a los artículos 493.1, 494 y 496 cuando se dé el especial ánimo al que hace referencia el tipo, supone una mayor penalidad. Téngase en cuenta que la pena de prisión menor del artículo 325 bis se aplica siempre, aunque no se consiga el propósito buscado, pues el mero intento perfecciona el tipo; pena que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito. Naturalmente si no existiese el artículo 325. bis. 1, las conductas en él descritas serían punibles conforme a los artículos 493, 494 y 496.

La diferencia de penas se observa en el siguiente cuadro:

1) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal constitutivo de delito:

Art. 493-1: B no testifica: *prisión menor*.

B testifica: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1 B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

2) A intenta que B no testifique, amenazándole con un mal no constitutivo de delito.

Art. 494: B testifica o no lo hace: *arresto mayor*.

Art. 325 bis)-1; B testifica o no lo hace: *prisión menor*.

3) A ejerce violencia sobre B para que no testifique o para que lo haga desviadamente:

Art. 496: *Arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas*.

Art. 325 bis)-1: *prisión menor*.

Como se ve, sólo en un supuesto la punición es la misma, en la amenaza de un mal constitutivo de delito lográndose el propósito (*prisión menor*), naturalmente, salvo que se trate de procesos penales por delito, en cuyo caso el artículo 325 bis)-1 obliga a elevar el grado máximo y no, en cambio, el artículo 493.1. Pero en todos los demás casos el artículo 325 bis)-1 supone una mayor punición, que naturalmente es debida a que el nuevo precepto no protege sólo ni principalmente la libertad de obrar, como ocurre con los tipos de amenazas y coacciones. Es más, la ubicación que tiene el artículo 325 bis en el Código penal pone de manifiesto que el legislador ha pretendido

(12) TORIO LÓPEZ: *La estructura...*, ob. cit., p. 22.

proteger la Administración de Justicia. La libertad de las partes intervinientes se protege sólo de forma mediata, como necesaria para la protección del proceso debido (13).

2. La consumación. Delito de resultado cortado. Delito de mera conducta. Delito de peligro abstracto

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis hace referencia a una finalidad o propósito que debe de impregnar la acción típica; es decir, la violencia o la intimidación han de ejercerse con la finalidad de que alguno de los sujetos aludidos modifique su actuación procesal en uno de los sentidos previstos. Pero el tipo no exige para su consumación que dicha modificación procesal se llegue a producir. Nos encontramos por tanto ante un delito de intención (14) o de tendencia interna trascendente, por requerir una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico: efectivamente el autor de la violencia o de la intimidación realiza la conducta con la finalidad de obstruir la Justicia, como elemento subjetivo del injusto. Habida cuenta de que la realización de la finalidad perseguida por el autor depende, no de sí mismo, sino de la actividad que después desarrolle el testigo, perito, etc., hay que afirmar que se trata de un delito de resultado cortado (15). La presencia del elemento subjetivo del injusto, en los términos descritos, conduce a la constatación de que el tipo es de los incongruentes por exceso subjetivo (16).

Que no se requiere el resultado de modificación de la actuación procesal, sino sólo la tendencia a conseguirlo, se deriva de la expre-

(13) MAGALDI y GARCÍA ARÁN entienden por «proceso debido» «...aquel proceso en el cual las garantías formales se impregnen de contenido material, de tal manera que pueda ser calificado además de “legal” como “debido”» (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 415).

(14) En este sentido CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 727 y 728. La sentencia de 9 de mayo de 1986 señala que se trata de un «...delito de tendencia, o actividad, en cuanto se propende, en lo concerniente al testigo, a obstruir su espontánea actitud de colaboración con el órgano judicial, tratando de disuadirle de su propósito de declarar, atendiendo la llamada judicial, o desviarle de la línea de exactitud e imparcialidad que debe ser norma de cualquier aportación testimonial...». Sobre esta sentencia puede verse TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.: *El delito contra la Administración de Justicia. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», 1987, núm. 1, pp. 221-224.

(15) Los delitos contenedores de elementos subjetivos del injusto se clasifican en delito de intención o de tendencia interna trascendente, delitos de tendencia interna intensificada y delitos de expresión. Dentro de los primeros se diferencia entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos. Según MIR PUIG el criterio distintivo entre estos dos últimos está en que tratándose de delitos mutilados en dos actos «...la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto (delito de dos actos)...», mientras que si se trata de un delito de resultado cortado, la intención del autor debe dirigirse «...a un resultado independiente de él» («DPPG», 2.ª ed., Barcelona, 1985, pp. 167 y 168).

(16) *Id. id.*, p. 167.

sión utilizada por el precepto: «El que... intentare...». En base a ello, Bustos Ramírez califica el delito como de emprendimiento, pues, «.se entiende consumado por cualquier acto de ejecución (de tentativa); no es necesario, por tanto, que se produzca la retractación, desestimiento o desviación» (17). Esta categoría, la de delitos de emprendimiento, supone que la tentativa y la consumación se equiparan; emprender un hecho supone tanto su tentativa como su consumación, con el efecto de que ni el desistimiento excluye la punibilidad, ni la tentativa se castiga con pena atenuada (18). La figura del emprendimiento no existe en el Derecho español, por faltar en el mismo un artículo paralelo al parágrafo 11.I.6 del Código penal alemán; sin embargo, sí existen supuestos en el Derecho español en los que se equipara la pena del delito intentado a la del consumado, cual ocurre con el homicidio del Jefe del Estado (art. 142) (19). Entiendo que no es correcto hablar en el supuesto del artículo 325 bis)-1 de delito de emprendimiento por dos razones: primera, porque se trata de una categoría extraña en nuestro Derecho, y, segunda, porque el artículo 325 bis)-1 no equipara la tentativa a la consumación a efectos de pena; lo que ocurre es que se eleva la tentativa a la categoría de delito autónomo, como ocurre en los supuestos de los artículos 163, 214 y 218. Es decir, nos encontramos ante una delito de consumación anticipada (20).

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones el legislador introduce en los tipos elementos subjetivos del injusto con el propósito de adelantar la barrera de protección (21), y esto es lo que ocurre precisamente en este caso: el legislador castiga expresamente los actos de violencia o intimidación tendentes a obstruir la Justicia, antes de que se llegue a producir ese efecto o resultado y sin necesidad del mismo. Y es que de no ser ésta la idea del legislador —adelantamiento de las barreras de protección— no hubiera sido necesario introducir este tipo, puesto que la conducta en él descrita es típica en relación a las amenazas condicionales y a los coacciones; pero estos delitos, como ya he dicho, son de resultado, lo cual quiere decir que, en ausencia del artículo 325 bis)-1 exigirían para aplicar la pena del delito consumado, y por lo tanto la más grave, que de hecho se produjese la modificación de la actuación procesal. Naturalmente el deseo del legislador expresado en el artículo 325 bis)-1 no es sólo el de adelantar las barreras de protección construyendo un tipo de consumación anti-

(17) «MDPEPE», Barcelona, 1986, p. 427.

(18) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, vol. I, p. 362, y vol. II., p. 715.

(19) Adiciones de Derecho español a JESCHECK: *Tratado...*, ob. cit., vol. II, p. 724.

(20) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I, Barcelona, p. 140.

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «DPPG», Madrid, 1978, p. 329.

cipada, sino también el poder aplicar penas más graves que las previstas en los correspondientes tipos de amenazas condicionales y coacciones, que, como ya hemos visto, prevén penas más leves (salvo en un supuesto en el que se podría llegar a la misma pena).

El delito previsto en el párrafo 1 del artículo 325 bis es de mera conducta, puesto que no exige la producción de ningún resultado separado en el tiempo y en el espacio de la conducta; la sola conducta dirigida a conseguir la modificación procesal sirve para consumir el tipo. Naturalmente, si además se consigue el objetivo propuesto por el autor, porque hay retractación, desistimiento, etc., la pena aplicable será la misma.

La caracterización del delito como de mera conducta hace que nos planteemos la viabilidad de formas imperfectas de ejecución. La sentencia de 9 de mayo de 1986, tras afirmar que nos encontramos ante un delito de tendencia o actividad, señala «...que la consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la *vis física* o merced al proferimiento de las amenazas o coacciones capaces de amedrentar al testigo y torcer su ánimo, sin precisarse la consecución del resultado propuesto por el autor..., la perfección delictiva se logra con el intento... de lo que se colige la imposibilidad de formas imperfectas de ejecución...» (22). Por lo que se refiere a la admisibilidad de la frustración, debe ser negada, ya que ésta es inviable en los delitos de mera conducta (23), puesto que si se practican todos los actos de ejecución, el delito queda consumado. En relación a la tentativa, suele ésta admitirse en los delitos de mera conducta cuando el comportamiento es fraccionable en varios actos, por tratarse de comportamientos plurisubsistentes (24). Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa creo que no debe admitirse la tentativa, puesto que al consumarse el delito con el mero intento, la tentativa sería tentativa de una tentativa que «...no es punible por tratarse de actos demasiado alejados de la zona previa» (25).

Habida cuenta de que el legislador al tipificar la conducta del párrafo 1 del artículo 325 bis, lo hace sin exigir la efectiva lesión del bien jurídico, castigándose por el peligro que supone para el mismo, debe afirmarse que nos encontramos ante un delito de peligro. Y me inclino a pensar que es un delito de peligro abstracto y no concreto,

(22) En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 735. Y TORRES FERNÁNDEZ: *El delito...*, *ob. cit.*, p. 222.

(23) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 106. GÓMEZ BENÍTEZ no ve inconveniente en admitir las formas imperfectas en los delitos de mera conducta y «...si bien la *frustración* encuentra un ámbito difícilmente diferenciable de la consumación, cabe imaginar supuestos de frustración por inidoneidad de la conducta» («TJDDPPG», Madrid, 1984, p. 169).

(24) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 141.

(25) JESCHECK: *Tratado, ob. cit.*, vol. II, p. 715.

puesto que el legislador no exige como resultado de la acción la probada proximidad de la lesión del bien jurídico, es decir, no hay una efectiva puesta en peligro concreto, a diferencia de lo que ocurre en el número 2 del artículo 340 bis)-a). Lo cual quiere decir que las conductas de violencia o intimidación dirigidas a obstruir la Justicia son peligrosas en sí mismas, son peligrosas «ex ante» para el bien jurídico de la Administración de Justicia. Esta naturaleza de delito de peligro abstracto y no concreto es congruente con el carácter de delito de mera conducta que le hemos atribuido. Y es que, como ha puesto de manifiesto Rodríguez Ramos, «...la figura del peligro abstracto es de mera conducta y la de peligro concreto de resultado» (26), aun cuando las categorías «peligro-lesión» y «resultado-mera conducta» pertenezcan a diversos elementos del delito. Naturalmente lo contrario no es cierto, es decir, no todos los delitos de mera conducta son de peligro abstracto ni todos los de resultado son de peligro concreto; tanto los delitos de resultado como los de mera conducta pueden ser —y ello ocurre en muchos supuestos— delitos que supongan la efectiva lesión del bien jurídico y no su mera puesta en peligro (27).

3. La cuestión de la autoría mediata y de la inducción al delito de falso testimonio y al delito de denegación de auxilio

Entre las modalidades típicas del artículo 325 bis)-1 se encuentran las de intentar, con violencia o intimidación, que un perito o testigo presten su informe o declaración desviadamente o que dejen de prestar su informe o declaración.

Si un perito o testigo prestan su informe o declaración desviadamente, pueden cometer delito de falso testimonio; si un perito deja de prestar su informe, teniendo la condición de funcionario, puede cometer delito de denegación de auxilio del artículo 371.1, y si un perito no funcionario o un testigo dejan de comparecer a prestar sus declaraciones pueden cometer delito del artículo 372.2.

Como hemos visto, el delito del artículo 325 bis)-1 se consuma con el mero intentar, pero bien puede ocurrir que el sujeto activo consiga su propósito y que el testigo o perito declaren en falso o que no comparezcan a declarar. Dos preguntas debemos plantearnos si esto ocurre: 1) ¿el autor de la violencia o de la intimidación puede ser autor mediato o inductor de un delito de falso testimonio o de dene-

(26) *El «resultado» en la teoría jurídica del delito*, en «Temas de Derecho penal», Madrid, 1977, p. 12.

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 170 y 171.

gación de auxilio?, y 2) ¿la conducta del testigo o del perito puede en algún supuesto quedar impune?

Tratamos en primer lugar lo relativo al delito de denegación de auxilio del artículo 371.1. Se trata de un delito de omisión que se consuma con el sólo desatender el requerimiento de la autoridad competente (28). Nos centramos en los supuestos en los que el autor del delito del artículo 325 bis)-1 utiliza una *vis absoluta* para impedir que el perito funcionario preste su debida cooperación con la Administración de Justicia, excluyendo toda posibilidad de actuación al perito. Creo que aquí no se plantea un supuesto de autoría mediata ya que el hombre de atrás —el autor del delito del artículo 325 bis)-1— resultaría ser, si ello fuese posible, autor directo, pues como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina «el que emplea fuerza irresistible es el autor directo» (29) y si el sujeto padece una fuerza absoluta no realiza ninguna acción al convertirse en «objeto sin voluntad», siendo autor directo el que despliega la fuerza (30). Ahora bien, dada la naturaleza de delito especial propio (31) que tiene la denegación de auxilio, resulta que el hombre de atrás no puede ser autor del mismo, al no concurrir en él una característica del tipo, por lo que en el supuesto que nos hemos planteado, el que despliega la fuerza será sólo autor de un delito del artículo 325 bis)-1. En relación al sujeto que sufre la fuerza absoluta, hay que decir que nos encontramos ante un caso de fuerza irresistible del artículo 8.9 y, por tanto, de ausencia de acción.

Tampoco cabe plantearse en los casos de *vis compulsiva* la autoría mediata del hombre de atrás, puesto que siendo la denegación de auxilio un delito especial propio, no puede cometerlo ni como autor directo ni como autor mediato el sujeto no cualificado (32). Luego

(28) En este sentido, COBO y VIVES y otros, «DPPE», vol. I, *ob. cit.*, pp. 453-454 y MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 705.

(29) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 320.

(30) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 845-846. En contra, GÓMEZ BENÍTEZ incluye entre los supuestos de autoría mediata, en base al primer párrafo del artículo 14.2 los casos de fuerza irresistible, que, además, para él no constituyen una causa de inexistencia de acción, sino de atipicidad por falta de imputación objetiva del hecho al autor («TJD», *ob. cit.*, p. 146).

(31) Ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, pp. 668-689.

(32) La doctrina no suele admitir la autoría mediata del «extraneus». Sobre los argumentos que se han dado para admitirla QUINTERO distingue aquéllos que se refieren al hecho de que el bien jurídico en estos supuestos resulta lesionado y aquéllos que se basan en razones de política criminal, rechazando unos y otros (*Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 112-115); así, para este autor, «...quien no puede ser autor inmediato tampoco lo puede ser mediato» (p. 111). Tampoco admite esta posibilidad GIMBERNAT ORDEIG, al decir que «si un *extraneus* utiliza a un funcionario como instrumento (funcionario inimputable o que actúa bajo miedo insuperable, por ejemplo) no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial...» (*Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 229). La autoría mediata es autoría y no simple participación, por eso el autor mediato ha de reunir todos los requisitos que el tipo exija para ser autor, de ahí que no quepa

estos casos de utilización de *vis compulsiva* por el *extraneus* sobre el perito *intraneus* para que no preste su informe serán punibles para el agente de la fuerza conforme al artículo 325 bis-1. La punición o impunidad del sujeto coaccionado, es decir, del perito, dependerá de la intensidad de la coacción sufrida, pudiendo plantearse la aplicación de la eximente del miedo insuperable (33).

Queda por tratar si la conducta del artículo 325 bis-1, en su modalidad de intimidación, puede considerarse como de inducción al delito de denegación de auxilio. En la consideración de este supuesto no se choca con la naturaleza de delito especial propio, como, sin embargo, ocurría en temas de autoría mediata, puesto que siendo la inducción una forma de participación, el inductor no debe reunir las especiales características del autor del delito especial propio. En la medida que «inducir significa causar mediante influjo psíquico en otra persona la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico» (34), cabe considerar que la conducta intimidatoria tendente a que un perito deje de prestar su debida colaboración con la Administración de Justicia, no sólo constituye autoría del delito de obstrucción a la Justicia del artículo 325 bis-1, sino además inducción a la denegación de auxilio. Ahora bien, para hablar de inducción se requerirá que el intento de obstrucción a la Justicia y, por tanto, la inducción, vaya seguido de la denegación de auxilio por parte del sujeto inducido, puesto que la inducción precisa, para ser tal, que el inducido de comienzo a los actos de ejecución, es decir, que al menos empiece la tentativa del delito al que se le ha inducido (35).

autoría mediata del sujeto no cualificado en un delito especial propio. Esta afirmación, evidentemente, puede suponer el mantenimiento de ciertas lagunas de punición, y así lo pone de manifiesto MAURACH (Traducción y notas de J. Córdoba Roda, «Tratado de Derecho penal», Barcelona, 1962, p. 320). Ahora bien, al igual que el Derecho alemán a veces cubre expresamente esas lagunas con tipos especiales, como los de los artículos 160 (inducción al perjurio) y 271 (mediata falsa atestación), según expresa MAURACH, también en los casos que nos estamos planteando de autoría mediata a la denegación de auxilio y, como veremos, al falso testimonio, el nuevo artículo 325 bis viene a rellenar la laguna de punición.

(33) MIR PUIG entiende que los casos de fuerza física absoluta se refieren a la fuerza irresistible del artículo 8.9, mientras que la fuerza moral se regula en el artículo 8.10 como miedo insuperable («DPPG», *ob. cit.*, p. 153). Esta es la postura que se acepta en el texto que, sin embargo, otros autores no comparten. Así QUINTERO OLIVARES sostiene que la fuerza irresistible puede obedecer no sólo a una fuerza física directamente actuada sobre el sujeto, sino también a una «vis compulsiva» (*Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1981, p. 186; del mismo autor ver «DPPG», Barcelona, 1986, p. 426).

(34) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 846. Sobre los medios a través de los cuales se puede inducir, ver pp. 849-850.

(35) Efectivamente, para hablar de inducción se requiere que el inducido dé al menos comienzo a la tentativa. Sobre la punición de la inducción frustrada no hay acuerdo en la doctrina. Así para COBO y VIVES «...la inducción no seguida de realización es impune» («DPPG», 2.ª ed., Valencia, p. 524). Otros autores, en cambio, consideran que esta laguna de impunidad puede y debe cubrirse. Para algunos, la inducción frustrada debe castigarse como proposición (MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, pp.

Si esto no ocurre, porque el perito no cede a la intimidación y presta su informe, cooperando debidamente con la Justicia, sólo se podrá hablar de autoría del delito del artículo 325 bis)-1 y no de inducción a un delito del artículo 371.1. En los supuestos en los que si quepa esta doble calificación, creo que debe optarse por castigar la conducta como autoría del delito de artículo 325 bis)-1, descartándose la inducción al delito de denegación de auxilio en base al principio de especialidad. Debe tenerse en cuenta que si el perito no es funcionario y deja de prestar su informe, al igual que ocurre con el testigo que se abstiene de declarar, entrará en juego, no el artículo 371.1, sino el artículo 372.2, referido al perito y al testigo «...que dejen de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto». Hay que observar que este precepto habla del testigo o del perito que no comparecen; si comparecen pero declaran en falso, serán de aplicación los preceptos relativos al falso testimonio. A continuación nos referimos a estos supuestos.

Se trata de ver si en los casos de utilización de violencia o intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe, cabe hablar de autoría mediata o de inducción.

La posibilidad de autoría mediata, es decir, de utilización de un instrumento para cometer el falso testimonio, debe ser descartada, no sólo porque el falso testimonio es delito especial propio según unánime doctrina (36), sino además porque es un delito de propia mano, en el sentido de que el tipo exige una actividad personal del sujeto: sólo el testigo o el perito pueden declarar o informar en falso (37). La doctrina está de acuerdo en considerar que los delitos de propia mano no admiten la autoría mediata (38).

En cambio, sí es posible admitir que la conducta del artículo 325 bis)-1 consistente en la intimidación para que un testigo o perito presten desviadamente su declaración o informe sea constitutiva de inducción al falso testimonio (39); naturalmente siempre que se den

286-287. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., «DPPG», 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 534); otros creen que la inducción frustrada es una provocación (GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, pp. 522 y 567).

(36) Ver por todos MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona, 1987, p. 89.

(37) *Id. id.*, p. 89, y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, p. 1130.

(38) MIR PUIG, «DPPG», *ob. cit.*, p. 325. COBO y VIVES, «DPPG», *ob. cit.*, p. 520. GÓMEZ BENÍTEZ, «TJD», *ob. cit.*, p. 149. GIMBERNAT: *Autor...*, *ob. cit.*, p. 247. QUINTERO: *Los delitos especiales...*, *ob. cit.*, p. 106. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El autor mediato en Derecho español*, en «ADP», 1969, p. 477. OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, «DPPG», *ob. cit.*, p. 487. JESCHECK: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 920. MAURACH: *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 311.

(39) MAGALDI admite todas las formas de participación en el falso testimonio y, en relación a la inducción mantiene que «...al deber reunir los requisitos exigibles para

todos los requisitos de la inducción. Cuando esto ocurre y, en consecuencia, una misma conducta puede ser calificada a la vez de inducción al falso testimonio y de autoría de un delito del artículo 325 bis)-1, optaremos por la última calificación por su mayor especialidad.

II. EL TIPO DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 325 BIS

Se contiene en el párrafo 2 un tipo que, como veremos a continuación, produce extrañeza por su ubicación y por la regla concursal que recoge. Se trata de lo que algún autor ha venido a denominar «represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo» (40); otros, en cambio, agrupan las dos modalidades —la del párrafo 1 y la del 2— bajo la expresión «delitos contra la libertad de las partes, peritos y testigos en el proceso» (41). Prefiero la primera denominación, que separa este tipo del párrafo 2 del del párrafo 1, porque se trata de dos delitos totalmente distintos, como así lo han puesto de manifiesto Magaldí y García Arán al decir que «...obedecen a estructuras típicas absolutamente diferentes y con cuestiones interpretativas propias, siendo diverso, también, su objeto de protección» (42). Por ello mismo estimo, con las autoras citadas, que no es cierto lo que al respecto ha afirmado Muñoz Conde cuando dice que «en el artículo 325 bis se recogen, en realidad, dos delitos distintos, aunque ambos tengan la misma finalidad y sean reconducibles al mismo bien jurídico» (43); sólo lo primero es correcto —que son dos delitos distintos—, no así lo segundo.

1. Su naturaleza y el bien jurídico protegido

El párrafo analizado castiga con la pena de prisión menor (44) la realización de cualquier acto contra la vida, integridad, libertad,

la misma de manera general puede presentar dificultades de apreciación dada la estructura de los tipos de falso testimonio, por lo que sería deseable la configuración de una específica tipología legal de inducción al falso testimonio en términos similares a lo establecido en el § 161 del Código penal alemán» (*El falso testimonio...*, ob. cit., p. 109).

(40) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, ob. cit., p. 719.

(41) MUÑOZ CONDE, «DPPE», ob. cit., p. 666. COBO y VIVES y otros, «DPPE», ob. cit., p. 289.

(42) *Los delitos...*, ob. cit., p. 427.

(43) «DPPE», ob. cit., p. 667.

(44) Creo que no puede aplicarse aquí la pena de prisión menor en su grado máximo, tal como prevé el párrafo 1, cuando se trata de procesos penales por delito, porque si esta exigencia ya es absurda en el párrafo 1, más lo es todavía en el párrafo 2, porque en éste no se recoge ningún tipo protector de la Administración de Justicia, por lo que es irrelevante el tipo de proceso en el que actuó la víctima de la represalia. Digo que es absurdo agravar la pena en el párrafo 1 cuando se trata de procesos

seguridad o bienes de los intervinientes en un procedimiento como represalia por su actuación. Al hablarse de «...actos contra la vida, integridad, etc...» parece que el legislador no exige la consumación del correspondiente delito o falta, sino que basta con el hecho de atentar. Así lo ha entendido Conde-Pumpido al decir que «...no es preciso para que se cumpla la hipótesis típica, que se consume el delito en concurso con la lesión del bien jurídico tutelado, sino que basta la ejecución externa del acto tendente a producir esa lesión, esto es, creador de un riesgo para dicho bien jurídico» (45).

No se explica fácilmente el por qué quedan fuera de la enumeración de bienes contra los que se puede atentar en represalia, la honestidad, e incluso el honor, pues son perfectamente imaginables, en venganza por una actuación en un procedimiento, una injuria y una violación o unas lesiones y unos malos tratos. En cambio, son difícilmente imaginables ciertos delitos que, sin embargo, están incluidos en la hipótesis típica, como pueden ser las maquinaciones para alterar los precios de las cosas (46).

Los requisitos que integran la redacción típica pueden resumirse de la siguiente manera:

1) Que se realice alguno de los actos atentatorios a los que hemos hecho referencia.

2) Que dichos actos tengan como sujeto pasivo a una de las personas enumeradas en el párrafo 1, es decir, a un denunciante o parte, intérprete, perito o testigo. Lo cual quiere decir que si se realizan contra un pariente o un allegado (no interviniente en el procedimiento) no será aplicable este párrafo 2.

3) Los atentados deben tener por causa la actuación del sujeto pasivo en un procedimiento. El móvil ha de ser el de represalia por la actuación en el procedimiento. Esta motivación supone la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Sobre este punto se han pronunciado críticamente Magaldi y García Arán al decir que «...la figura se construye técnicamente sobre la base de elevar el móvil de comisión de cualquiera de los atentados... a la categoría de elemento,

penales, porque el proceso penal no sufre perjuicio alguno si, por ejemplo, un denunciante se retracta de su denuncia (en procesos por delitos públicos), mientras que la incidencia en el proceso civil del desistimiento de la acción es mayor, dado el principio dispositivo que rige en estos supuestos. Sobre este particular ver MAGALDI y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, pp. 428-429.

(45) *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 730.

(46) Como ha señalado CONDE-PUMPIDO, la no alusión a los delitos contra la honestidad obedece a que el artículo 325 bis es una copia literal del artículo 512 del PCP de 1980, Proyecto en el que los actuales delitos contra la honestidad se recogen, correctamente, como delitos contra la libertad sexual y, por tanto, como delitos contra la libertad, bien jurídico éste que si viene aludido en el texto de los dos preceptos (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 730-731).

esencial y único, generador y motor del tipo, lo cual responde... a una técnica legislativa reprochable, y es expresión de una política criminal preocupante» (47).

Por lo que al bien jurídico se refiere, dada la ubicación que este tipo tiene entre los delitos del Título IV del Libro II, sería lógico pensar que se trata de la Administración de Justicia y, sin embargo, no es así. En efecto, la Administración de Justicia no se ve lesionada ni puesta en peligro por la conducta descrita. Luzón, basándose en la clasificación de Quintano (48), distingue los delitos contra la Administración de Justicia en cuatro apartados: 1) delitos que afectan a la fase preprocesal; 2) delitos que provocan el nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que inciden en el proceso, ya sea en su fase probatoria, ya en el desarrollo o en la conclusión, incluyéndose aquí el delito de obstrucción a la Justicia del artículo 512 del Proyecto del Código penal de 1980, que como ya hemos dicho es el equivalente al actual artículo 325 bis, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (49). Asumido este criterio clasificatorio, ha de afirmarse que la represalia sobre los intervinientes en un procedimiento por su actuación en el mismo no afecta a ninguna de las fases procesales descritas, lo que sí ocurre, en cambio, con la conducta descrita en el párrafo 1 del artículo 325 bis, que efectivamente afecta o puede afectar al desarrollo del proceso. Y es que si el perito o el testigo han intervenido en el proceso sin ser coaccionados, prestando su informe o testimonio en libertad y, precisamente por ello, son después objeto de actos de venganza, no es posible que dichos actos incidan en modo alguno en el proceso. La Administración de Justicia no puede verse afectada en modo alguno por los atentados dirigidos contra los que ya han intervenido de alguna manera y libremente. El legislador probablemente no lo ha entendido así, y por ello ha incluido esta extraña figura en el Título IV.

El nuevo tipo lo único que puede proteger son los bienes jurídicos que resulten afectados de modo inmediato por el atentado vindicativo, es decir, la vida, la integridad, etc., pero todos estos bienes encuentran ya protección en los correspondientes tipos delictivos, por lo que entiendo que el nuevo párrafo no tiene razón de ser (50).

(47) *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 430.

(48) QUINTANO clasifica los delitos contra la Administración de Justicia en base a la dinámica procesal de la siguiente manera: 1) delitos que afectan a la fase procesal; 2) delitos que afectan al nacimiento indebido del proceso; 3) delitos que afectan a la fase probatoria, y 4) delitos que afectan a la fase ejecutiva (*Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, p. 570).

(49) *Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 779. GARCÍA MIGUEL sostiene que los hechos castigados en el artículo 436 de la PANCP «...constituyen un verdadero atentado al normal desenvolvimiento del proceso...» (*Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 403).

(50) MAGALDI y GARCÍA ARÁN, que también se muestran partidarias de la supresión, entienden que aunque se partiera de la idea de que está más desvalorado realizar

2. Concurso con la figura agravada del número 1 del artículo 558

En la aplicación del tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis debe tenerse en cuenta que el artículo 558 prevé entre las circunstancias que sirven para agravar los daños que exceden de 250.000 pesetas la de que éstos se causen «con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares, que como testigos o de cualquier otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes». Por su parte, el artículo 559 prevé la pena de arresto mayor para los daños causados con las mismas circunstancias, cuando excedan de 30.000 pesetas y no pasen de 250.000. En relación con esta agravación ha señalado Quintano que se trata de daños de tendencia (51) en los que la acción no se agota por la intención del daño «in re ipsa», persiguiéndose otras finalidades ulteriores, de donde se deriva el aumento de la penalidad y la imposibilidad de la versión culposa (52). Igualmente ha señalado este autor la poca aplicación de esta agravación de venganza por pérdida de un proceso (53).

Fácilmente se comprende que este tipo de daños cualificados puede entrar en concurso con el tipo del párrafo 2 del artículo 325 bis, cuando se producen daños en la propiedad de un testigo en venganza por su actuación en un proceso. Entiendo que se trata de un concurso de leyes, puesto que un mismo hecho parece infringir dos preceptos, aunque sólo se puede castigar conforme a uno de ellos. La solución de este concurso no reside en el principio de especialidad, pues tratándose de daños ninguno de los dos preceptos contempla el hecho de modo más específico. En efecto, tanto la aplicación del párrafo 2 del artículo 325 bis como la de los artículos 558.1 ó 559 requieren los mismos elementos, a saber: atentado contra los bienes que, sin duda alguna, lo es el delito de daños, ánimo vindicativo y que el sujeto pasivo sea un testigo o un funcionario (piénsese en los funcionarios llamados a peritar en juicio) por su contribución a la aplicación de las leyes (cosa que los testigos y peritos hacen con su actuación en un procedimiento). La única diferencia que se podría apreciar entre un tipo y otro es que en el artículo 325 bis)-2 la venganza o

alguno de los tipos descritos en el precepto cuando se hace por venganza, aun no afectando al proceso, el Estado podría cubrir con garantías penales la libre intervención en un proceso sin temor a futuras represalias articulando una única figura en el párrafo 1 en la que tales consideraciones estuviesen presentes (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431).

(51) Este autor clasifica los daños cualificados en tres grupos: a) daños de tendencia; b) daños de específica peligrosidad modal, y c) daños de cualidad e interés del objeto (*Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Madrid, 1965, p. 508).

(52) *Id. id.*, p. 509.

(53) *Id. id.*, p. 511.

represalia tiene por causa la actuación en el proceso, mientras que el artículo 558 habla de venganza por las determinaciones de la autoridad (54). Pero esta diferencia es irrelevante, a efectos del principio de especialidad, puesto que en ambos casos la venganza la sufre no la persona de la autoridad, sino el particular o funcionario que presta su testimonio o colaboración en el proceso. Tampoco parece solucionarse el concurso con los principios de subsidiariedad o consunción, por lo que parece debería aplicarse el artículo 68 y resolver en favor del precepto que prevea mayor pena. Así tratándose de daños entre 30.000 y 250.000 pesetas será de aplicación el párrafo 2 del artículo 325 bis y su pena de prisión menor, relegándose el artículo 559 que prevé una pena de arresto mayor. El problema se plantea cuando los daños son superiores a 250.000 pesetas, ya que también el artículo 558 establece la pena de prisión menor, con lo que nada soluciona el artículo 68. Parece entonces indiferente aplicar un tipo u otro, lo cual demuestra que, al menos por lo que se refiere a los daños, el artículo 325 bis es superfluo (55).

3. Problemas concursales: el inciso final del párrafo segundo del artículo 325 bis

En el párrafo 2 del artículo 325 bis se castigan con la pena de prisión menor una serie de atentados a la vida, integridad, etc., de las personas citadas en el anterior párrafo, si se realizaren como represalia por su actuación en un procedimiento judicial, aplicándose la pena en su *grado máximo* cuando «...el hecho constituya *delito más grave*...».

La inclusión de esta regla concursal ha producido una cierta perplejidad entre los autores que han estudiado el precepto; así Muñoz Conde señala que el precepto es «superfluo y perturbador» y que no «...se entiende muy bien por qué si el hecho realizado constituye un delito más grave (que el del artículo 325 bis) se ha de imponer la pena en su grado máximo, salvo que se quiera derogar expresamente el artículo 71» (56).

(54) Opinión contraria manifiesta CONDE-PUMPIDO al entender que el concurso de leyes debe resolverse por el principio de especialidad en favor del artículo 325 bis)-2 Este autor parte de la idea de que el precepto que cree especial tiene un bien jurídico distinto del de el artículo 558, ya que los delitos del artículo 325 bis son en su opinión de carácter pluriofensivo al atacar conjuntamente la Administración de Justicia y otros bienes, como el patrimonio (*Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, pp. 739-740). Como queda ya dicho, creo que en el párrafo 2 del artículo 325 bis no se protege el bien jurídico Administración de Justicia.

(55) De la misma opinión y por el mismo motivo, ver MUÑOZ CONDE, «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

(56) *Id. id.*, p. 667.

Para una mejor interpretación de la regla cuestionada debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «...acto contra la vida, integridad...» está haciendo referencia no a cualquier mal que como represalia se pueda dirigir contra las personas expresadas, sino a males que son constitutivos de delito o falta conforme a otros preceptos del Código penal. Debe señalarse también que la aplicación de la pena en su grado máximo sólo rige cuando el hecho realizado constituye delito más grave que la represalia, y no cuando constituye delito igual o menos grave.

Para Mir nos encontramos ante un *concurso de leyes*, que se soluciona, no por aplicación de los principios generales que rigen estos supuestos, sino por la específica regla de subsidiariedad que recoge el precepto, pues «...condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave...» (57). Si la subsidiariedad supone, como dice Mir, que «...un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal» (58), entonces, en el caso del párrafo 2 del artículo 32 bis no estamos ante un supuesto de subsidiariedad, ya que según la incomprensible redacción del mismo la pena prevista —prisión menor— ha de aplicarse siempre, lo que ocurre en unos casos se aplicará necesariamente en su grado máximo y, en otros, en toda su extensión. La subsidiariedad consiste en que el precepto subsidiario queda desplazado por el precepto primario, pero con su pena en toda su extensión, tal como ocurre en el artículo 68, y no con la pena en su grado máximo, como requiere el artículo 325 bis)-2. La literalidad de este precepto impide la solución de la subsidiariedad. Para afirmar que estamos ante un concurso de leyes resuelto por el principio de subsidiariedad se requeriría que el artículo 325 bis)-2 dijese: «igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena del delito más grave». Esto sí que supondría una aplicación específica de lo dispuesto en el artículo 68 y, entonces, en palabras de Mir, sí se estaría condicionando expresamente por el artículo 325 bis)-2 su propia aplicabilidad a que el hecho por él previsto no constituya delito más grave. Pero no éste el caso del artículo estudiado.

No puede verse en el último inciso del párrafo 2 una concreción del artículo 68 del Código penal, que soluciona el concurso de leyes, a falta de otros principios, con la aplicación del precepto que prevea mayor sanción, y así lo ha entendido Rodríguez Devesa al decir, en relación a este inciso, que «...el único sentido que puede tener es el de un endurecimiento de las penas, al aplicarse conjuntamente con

(57) «DPPG», *ob. cit.*, p. 606.

(58) *Id. id.*, p. 606.

las correspondientes al delito (o falta) cometidos, pues es evidente que no viene en aplicación lo dispuesto en el artículo 68...» (59). Como vemos, este autor opta por la solución del *concurso real* de delitos (art. 69) que supone la aplicación conjunta de las dos penas, la correspondiente al acto contra la vida, integridad, etc., y la derivada de la represalia por la actuación en un procedimiento. Esta solución, sin embargo, no parece admisible por dos motivos:

1) No se explica el por qué si se han de aplicar las dos penas conjuntamente deba elevarse al grado máximo la correspondiente a la represalia, cuando la pena aplicable por el acto contra la vida, integridad, etc., sea más grave que la prisión menor. La aceptación del concurso real choca con esta exigencia de agravación de la pena; si hay concurso real deben aplicarse las dos penas conjuntamente, pero sin elevar ninguna al grado máximo, tal como se deriva del artículo 69 del Código penal. El concurso real supone la acumulación material o aritmética de las penas suavizada con las reglas del artículo 70 (60).

2) Si el legislador hubiese optado por el concurso real lo habría manifestado claramente, cual ocurre en los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983. En efecto, estos dos preceptos recogen en su párrafo 2 el mismo tipo que el actual artículo 325 bis)-2, pero optando por la solución del concurso real (61); se dice así que «iguales penas se impondrán a quien, sobre las personas citadas en el párrafo interior, realizare cualquier acto atentatorio a su vida, integridad..., como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, *sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales atentados sean constitutivos*». La diferencia con el actual artículo 325 bis es clara: la pena por la represalia es la misma sea cual sea la gravedad del atentado, y se aplica además de la correspondiente a dicho atentado.

Rechazadas las soluciones del concurso de leyes, resuelto en base a la subsidiariedad, y del concurso real de delitos, debemos examinar qué posibilidades quedan.

Del tenor literal del artículo 325 bis se deriva que la pena de prisión menor fijada por este artículo absorbe la que podría corresponder al acto contra la vida, integridad, etc., impiniéndose en su grado máximo sólo cuando la absorbida fuese mayor. Se trataría entonces de un concurso de normas resuelto por el principio de consunción o absorción. «Según el principio de absorción, basta con la pena del

(59) «DPEPG», *ob. cit.*, p. 972.

(60) Ver SANZ MORÁN, A. J.: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 227 y ss.

(61) En relación al artículo 436 de la PANCP, así lo han entendido MAGALDI y GARCÍA ARÁN (*Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 475).

delito más grave para hacer justicia a todos los que concurren» (62). El criterio de la consunción parece admisible en aquellos supuestos en los que la ley que consume señala una pena mayor que la que tiene la ley consumida o incluso la misma pena. Lo que ya parece más difícil de admitir es que la pena del precepto que absorbe sea menor que la pena del precepto que queda absorbido. Y esto es precisamente lo que puede ocurrir si se atiende al tenor literal del artículo 325 bis)-2. Piénsese en el que comete un parricidio en represalia por la actuación en un procedimiento de un pariente suyo. Al absorber la pena del artículo 325 bis la del parricidio se aplicaría aquélla, es decir, la prisión menor, en su grado máximo por ser el atentado contra la vida delito más grave. Esta absurda consecuencia que se deriva del tenor literal del artículo 325 bis no es admisible, pues supone privilegiar todo acto contra la vida, integridad, etc., que tenga pena superior a prisión menor y que se cometa como represalia por una actuación en un procedimiento judicial. Pero es que, además, la interpretación literal del artículo 325 bis)-2 es contraria al mismo principio de consunción que parece entrañar. En efecto, según este principio, es el delito más grave el que consume al menos grave, y no al contrario, por lo que en ocasiones nos encontraríamos ante la aplicación del principio de consunción al revés, ya que, no es que la figura más grave (parricidio, homicidio, lesiones graves del número 1 del artículo 420) absorba a la menos grave (represalia), sino al revés.

Se ha sostenido también que la exacerbación penal consistente en elevar la pena de prisión menor al grado máximo opera si el hecho constituyere delito más grave «...sin perjuicio de la pena correspondiente al delito contra la vida, la integridad, libertad, seguridad o contra los bienes» (63). Pero esta solución no parece correcta porque admitiendo el concurso real de delitos al castigar con las dos penas, la de la represalia y la del delito contra la vida, la integridad, etc., parece que no tiene sentido la exacerbación relativa a la pena del hecho de represalia. Es decir, el concurso real de delitos (dos delitos y aplicación de dos penas) no se concilia con la exigencia de elevar una de las dos penas al grado máximo. Además esta solución no explica por qué castigando los dos delitos por separado se debe elevar la pena de uno de ellos al grado máximo, sólo si el otro es más grave y no cuando es de igual o menor gravedad (64). En definitiva,

(62) SANZ MORENO: *El concurso...*, *ob. cit.*, p. 28.

(63) «Código penal», Colex, 3.^a ed., Madrid, 1986, p. 170.

(64) CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia*, *ob. cit.*, p. 738. Según este autor, la solución criticada es armonizadora, pero «...deja sin explicar el por qué ha de agravarse la pena del delito base de obstrucción a la justicia sólo si se comete otro delito más grave y no si se comete otro de igual o menor gravedad, cuando en todo caso ese segundo delito va a ser castigado *per se* en atención al concurso, castigo que ya absorbe en sí la mayor antijuridicidad de ambos supuestos».

si hay concurso real es absurdo e injusto elevar al grado máximo una de las penas; y el hecho de aplicar una de las penas en su grado máximo nos da la idea de otra solución distinta a la del concurso real, más cercana a la del concurso ideal del artículo 71, aunque como veremos después, tampoco el artículo 71 es aplicable al supuesto que nos ocupa.

Según Conde-Pumpido el problema que plantea el último inciso del artículo 325 bis debe resolverse diferenciando dos supuestos:

1) Que el delito contra la vida, integridad, etc., sea de menor o igual gravedad que el acto típico del artículo 325 bis; en este caso ha de aceptarse la existencia de un concurso ideal a solucionar *en base al artículo 71*.

2) Que el delito contra la vida, integridad, etc. sea más grave que el delito del artículo 325 bis: se aplica entonces como pena única la del delito más grave en su grado máximo, *sin tener en cuenta el artículo 71*, es decir, sin atender a la regla en virtud de la cual los delitos se sancionarán por separado cuando el límite que represente la suma de las penas que pudieran imponerse por separado exceda de la pena resultante de aplicar la del delito más grave en su grado máximo (65).

No podemos compartir la solución dada para el primero de los casos: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tenga menor o igual gravedad que el delito del artículo 325 bis ha de imponerse la pena de prisión menor en toda su extensión y no en el grado máximo, cual resultaría de aplicar el artículo 71. Conclusión ésta a la que obliga el propio artículo 325 bis que impone la pena de prisión menor «...salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo». O sea, que cuando el hecho no constituye delito más grave, no puede aplicarse el grado máximo de la prisión menor, sino ésta en toda su extensión. El último inciso del artículo 325 bis)-2 deroga al artículo 71.

Si compartimos, en cambio, la solución dada por Conde-Pumpido al segundo supuesto: cuando el delito contra la vida, integridad, etc., tiene pena superior a la de prisión menor debe aplicarse la pena del delito más grave en su grado máximo. Esta interpretación, aunque no se deriva del tenor literal del artículo 325 bis, es la que debe prevalecer para evitar el inadmisibles efecto privilegiador que más arriba denunciábamos. De manera que el que mata a su padre en represalia por una actuación procesal debe ser castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo (y no con la de prisión menor en su grado máximo). Pero esto no supone aceptar que se está aplicando en este supuesto el artículo 71, porque, aunque aplicando la pena

(65) Id. id., p. 739.

del atentado contra la vida en su grado máximo se llegase a una mayor penalidad que castigando por separado, no por ello se iba a penar separadamente, cual resultaría del artículo 71.3. Y es que, como ha señalado Muñoz Conde, el último inciso del artículo 325 bis)-2 sólo se entiende como derogación expresa del artículo 71 (66).

A esta solución que aquí preconizamos se llega por la vía de entender que cuando el artículo 325 bis)-2 habla de «pena en su grado máximo» se está refiriendo a la del delito más grave (y no a la prisión menor) que se impone en su grado máximo por concurrir el móvil de la represalia. Este móvil de la represalia confiere al atentado contra la vida, integridad, etc., un mayor contenido de injusto que justifica la imposición en el grado máximo. Por tanto creo que el artículo 325 bis)-2 debería expresarse en los siguientes términos: «Igual pena (o sea, prisión menor) se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida..., salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena *de este último* en su grado máximo». Y probablemente es esto lo que quiso decir el legislador, porque si hubiese querido que se aplicasen las reglas generales de los concursos, no hubiese introducido este último inciso, y si hubiese optado por la solución del concurso real de delitos no hubiese modificado la solución ofrecida por los artículos 512 del PCP de 1980 y 436 de la PANCP de 1983.

De todas formas, esta solución no me parece buena, es sólo la que mejor salva la inexplicable redacción del último inciso del párrafo 2 del artículo 325 bis. Puede parecer correcto agravar la pena del atentado cometido cuando éste merece pena superior a prisión menor, por el mayor contenido de injusto que supone el móvil de represalia. Pero lo que ya no parece congruente con lo anterior es que cuando el atentado merezca pena inferior a prisión menor, deba, sin embargo, aplicarse esta pena. Piénsese que en represalia por una actuación procesal se producen unas lesiones del artículo 422, que se castigan con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas. En este caso, el móvil de represalia hace que deba aplicarse, no ya la pena del artículo 422 en su grado máximo, sino la pena de prisión menor. No parece ni lógico ni justo que cuando el atentado se castiga con pena inferior a prisión menor deba, sin embargo, aplicarse siempre la pena de prisión menor, lo cual supone, tratándose de delitos, subir al menos un grado escala (de arresto mayor a prisión menor) o modificar la naturaleza de la pena (de multa a prisión menor), mientras que cuando el atentado se castiga con pena superior a prisión menor, entonces basta con aplicar la pena que merece el atentado en su grado máximo. Este defecto será todavía más patente cuando el atentado sea constitutivo de falta y, por tanto, merecedor de pena

(66) «DPPE», *ob. cit.*, p. 667.

leve y se castigue, por la concurrencia del móvil de represalia, con pena de prisión menor.

La conclusión a la que se llega es que el precepto es absolutamente incomprensible y que, incluso, la que creo solución menos mala es, sin embargo, injusta; se comprende entonces por qué la doctrina reclama la supresión del párrafo 2 del artículo 325 bis (67).

(67) Id. *id.*, p. 667. CONDE-PUMPIDO: *Coacción o represalia...*, *ob. cit.*, p. 739. MAGALDI Y GARCÍA ARÁN: *Los delitos contra...*, *ob. cit.*, p. 431.

