

constitucional que presentan, ya que en ellas pueden aparecer implicados, junto a los derechos fundamentales del artículo 18, el derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal (art. 24.2 de la Constitución) e incluso el derecho de asistencia letrada del detenido (art. 17.1 del texto constitucional). Pese a ello se constata la deficiente y oscura regulación que de estas restricciones hace el artículo 51 números 2 y 5 de la Ley Penitenciaria. Ante ello, y después de un depurado estudio de los antecedentes legislativos de esta redacción, se llega a la conclusión, respaldada en las previsiones que el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realiza al respecto, de que la *voluntas legislatoris* no fue otra que la de preservar de posibles restricciones, en aras al derecho de defensa, a este tipo de comunicaciones, las cuales sólo podrán ser intervenidas por orden judicial por razones de una investigación delictiva y nunca por meras razones penitenciarias, criterio éste, por cierto, asumido por el Tribunal Constitucional en 1994 (Sentencia 183/1994, de 20 de junio) cuando cambió la interpretación que de los números 1 y 5 del artículo 51 de la Ley Penitenciaria (comunicaciones de internos terroristas con sus Abogados). Precisamente sobre esta última cuestión, y por tratarse una caso complejo en el que se pueden observar muchas de las cuestiones abordadas en el libro, el capítulo final del mismo se dedica al pormenorizado estudio del llamado «caso Gorostiza».

En definitiva, el libro *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso* se ha convertido, por todo lo dicho, en un referente de obligada consulta para todo aquel que quiere conocer en profundidad ese complejo elemento regimental que es la restricción de las comunicaciones penitenciarias.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

MESTRE DELGADO, Esteban: *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*.
Editorial Edisofer, Madrid, 2001, 238 páginas

En la presente monografía el Dr. Esteban Mestre, Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, aborda el estudio de una causa de justificación, recogida hoy en el artículo 20.7 del Código penal, que tradicionalmente ha sufrido una evidente relegación, tanto por parte de la doctrina como por la práctica judicial. En tal sentido, es bastante esclarecedor el hecho de que no exista en nuestro país, hasta la que ahora comentamos, una monografía dedicada en exclusividad a su estudio y que en

tan sólo ocho ocasiones nuestro Tribunal Supremo haya apreciado su aplicabilidad. Ante estos datos, parece lógico que el autor se cuestione ya en el capítulo I si estamos a presencia de una eximente superflua. Para dar respuesta a este interrogante se estudia con detenimiento y acierto el ámbito objetivo clásico de aplicabilidad teórica de esta eximente y se concluyen que hoy resultan totalmente inadecuados los referidos al auxilio propio o las vías de hecho, los derechos disciplinarios, los llamados actos de rivalidad, los derivados del ejercicio de actividades profesionales y el incorrectamente denominado derecho de corrección paterna respecto a los hijos, con lo que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho quedaría así limitado a los resultados típicos que puedan provocarse en la práctica deportiva realizada conforme a las reglas de la competición y con el cuidado debido para el ejercicio de cada modalidad deportiva (sin perjuicio de que, en algunos casos, deba entrar también en juego la teoría del riesgo permitido, como criterio de valoración jurídico penal de las conductas) y a los actos de ejercicio de derechos reales, en especial el derecho de retención y las servidumbres de paso.

Pese a lo anterior, esto es, su limitado contenido y un proceso de banalización y descrédito que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho ha ido sufriendo a lo largo de su historia, la virtualidad de esta causa de justificación pasa, en la actualidad, por la integración en la misma (de «fusión por absorción», haciendo valer el símil mercantil, habla el autor) de las causas supraleales de justificación que desde los años setenta han surgido mor a la promulgación de la Constitución española, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la irrupción del Derecho comunitario.

En efecto, en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1986 y del Tribunal Supremo desde 1993 han reconocido al ejercicio de derechos y libertades fundamentales fuerza de exclusión de la antijuridicidad. Y es que las conductas que suponen el ejercicio de un derecho o libertad fundamental, o son expresión de una garantía institucional básica, no pueden constituir nunca el objeto de una norma penal, porque éstos operan como causas excluyentes de la antijuridicidad. En consecuencia, desde la entrada en vigor de la Constitución es necesario incluir el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales entre las causas que permiten, en un Ordenamiento penal democrático de Derecho, excluir la antijuridicidad de las conductas aparentemente delictivas, argumento que se deriva de la legitimación constitucional positiva de este Ordenamiento, si bien este resultado es igualmente coherente con la función preventiva y motivadora de la norma penal.

Igual acontece con las libertades básicas del Ordenamiento comunitario europeo. Y es que la jurisprudencia comunitaria tiene establecido de manera reiterada que de las normas comunitarias derivan para los ciudadanos sujetos a los distintos Ordenamientos nacionales verdaderos y pro-

pios derechos subjetivos que las jurisdicciones internas están obligadas a tutelar. El análisis de esta jurisprudencia nos ofrece interesantísimos ejemplos de esta eficacia justificadora del cumplimiento, por los ciudadanos comunitarios, de normas de este Ordenamiento, en los casos en que, con tal comportamiento, se vulneran prohibiciones internas sancionadas con medidas penales. Es más, desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1979 (caso *Ratti*) es un principio general del Ordenamiento comunitario que ningún Estado miembro puede aplicar sus leyes internas, aún no adaptadas a una Directiva, después de fijado el plazo para su adaptación, a una persona que se haya ajustado a las disposiciones de dicha Directiva, y ello aunque la norma interna contenga sanciones penales.

Por lo que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere éste, con una perspectiva coincidente a la utilizada por el Tribunal Constitucional español, ha determinado la eficacia justificante en el ámbito penal de las conductas que supongan ejercicio de derechos y libertades fundamentales garantizados en el Convenio de Roma.

Sentado lo anterior el autor se adentra en la búsqueda de un modelo dogmático explicativo de las nuevas realidades jurídicas antes señaladas (capítulo III), intentando dar respuesta al interrogante de si la exigente de ejercicio legítimo de un derecho tiene o no virtualidad para articular la eficacia justificante del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales (consagrados en la Constitución, en el Ordenamiento Comunitario o en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) en el ámbito de los procedimientos penales o si, por el contrario, existen en el Ordenamiento español dos cauces alternativos, aunque paralelos, para hacer valer, en sede penal, la eficacia justificante de los derechos y libertades fundamentales: por un lado, la exigente del ejercicio legítimo de un derecho (cuyo ámbito objetivo de aplicación estaría configurado por los derechos de configuración legal y los derivados de la costumbre y los usos sociales) y, por otro, la aplicación directa, por su trascendencia normativa, de esos derechos y libertades configurados así como auténticas causas legales de justificación penal.

Llegados a este punto, y después de un detenido estudio de los modelos alemán e italiano, el Profesor Mestre concluye que los derechos fundamentales y las libertades públicas conforman también el concepto nuclear de la exigente del ejercicio legítimo de un derecho ya que, esencialmente, son derechos públicos subjetivos, cuyas diferencias fundamentales respecto de los derechos ordinarios radican en su capacidad de vincular al legislador, en su protección reforzada y en los criterios que deben emplearse para constatar la legitimidad de su ejercicio. Pero nada hay en su naturaleza, ni en las modalidades de su ejercicio, que les excluya del ámbito de aplicación de la exigente estudiada. Las tesis de la diferenciación (que postulan que la exoneración de la responsabilidad por el

ejercicio legítimo de los derechos ordinarios debe instrumentarse por el cauce de la eximente del artículo 20.7 del Código penal, mientras que la justificación de las conductas que supongan el ejercicio de derechos fundamentales o de libertades públicas debe derivar directamente de tales derechos y libertades, como causas supralegales de justificación) no puede prosperar por, al menos, tres razones: *a)* Porque la aplicabilidad de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho a los actos de ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas no implica en modo alguno una limitación de éstos, sino, muy al contrario, el reconocimiento de un cauce específico para que desarrollen, en el ámbito de la jurisdicción penal, la eficacia justificante que le es propia; *b)* Porque el contraste de la legitimidad del ejercicio del derecho fundamental o la libertad pública, que ha de hacerse, en virtud de esa eximente, para constatar tal eficacia justificante no se efectúa con normas penales, sino con parámetros constitucionales, que los Jueces y Magistrados del orden penal pueden interpretar y aplicar cotidianamente; y *c)* Porque en definitiva, tanto el cauce de la eximente legal, como el de las causas supralegales de justificación, conducen a los mismos resultados, tras efectuar las mismas operaciones de constatación de la legitimidad del derecho ejercido en cada caso, por lo que, existiendo en el Ordenamiento una eximente de ejercicio legítimo de un derecho, carece de coherencia el mantener una vía paralela de reconocimiento de una misma eficacia exonerante y para su uso en la misma sede jurisdiccional.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA
Universidad de Alcalá

Recensión a *Der Zweistufige Deliktsaufbau (La estructuración del delito en dos niveles)*, de Klaus RINCK. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 131), Berlín 2000, 495 páginas

I

El extenso trabajo de Rinck, dirigido a distancia por Roxin, pretende a partir del tratamiento de la teoría del error (casos en los que las representaciones del autor sobre su acción no coincide con la realidad) invalidar la tradicional configuración analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable, considerando más adecuada una distinción entre injusto y culpabilidad que fusione en un concepto unitario tipicidad y antijuridicidad. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no son según esta monografía elementos del delito del mismo rango. Los dos primeros no son más