

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consultas

CONSULTA NÚMERO 1/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE ALGUNA EXIMIENTE INCOMPLETA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I

La consulta se refiere a la exégesis del artículo 68 del nuevo Código Penal, relativo a la penalidad prevista para los supuestos de concurrencia de alguna eximente incompleta:

«En los casos previstos en la circunstancia 1.^a del artículo 21, los Jueces o Tribunales *podrán imponer*, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.»

La duda surge del aparente abandono del sistema anterior de forzosa rebaja de la penalidad.

Efectivamente, el precepto tiene su antecedente inmediato en el artículo 66 del Código Penal derogado:

«*Se aplicará* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de

los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 64.»

En el Código Penal de 1973 la presencia de una eximente incompleta determinaba una degradación preceptiva de la pena. La discrecionalidad del Juez o Tribunal –también, en último término, reglada por la necesidad de atención al número y entidad de los requisitos de la eximente que faltaren o concurrieren– se reducía a la elección de uno o dos grados de rebaja.

La utilización por el Código Penal de 1995 de la expresión «podrán imponer» en su artículo 68 requiere precisar si ha de considerarse modificado el sistema legal, de forma que la rebaja de grado se habría convertido en meramente facultativa. El órgano judicial podría prescindir en determinados casos de degradar la pena, cuando considerase que la eficacia de la eximente incompleta no debe tener fuerza suficiente para desbordar el marco penal establecido en abstracto al delito.

Idéntico problema interpretativo aparece en relación con el artículo 66.4.^a, donde el legislador ha empleado la misma fórmula:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, *podrán imponer* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

La locución «*podrán imponer*» utilizada en ambos preceptos evoca una mera facultad y se opone a la de otros preceptos donde, resaltando sin ambages el carácter imperativo de la degradación, se dice «*impondrá*» o «*se aplicará*» (arts. 14.3, 62 ó 63, 553 en contraste con otros preceptos como el art. 242.3).

II

Precisamente la exégesis histórica del artículo 66.4.^a proporciona el primer argumento en favor de considerar que, pese a la dicción legal, la degradación de la pena, al menos en un grado, ha de seguir considerándose obligatoria. En efecto, la locución utilizada en el ar-

título 66.4.^a —«podrán imponer la pena inferior ...»— es idéntica a la de su inmediato precedente: el artículo 61.5.^a a del Texto Refundido del Código Penal de 1973. Alguna jurisprudencia recaída en torno a ese artículo no vio en ello obstáculo para considerar obligatoria la degradación.

Durante muchos años la jurisprudencia, atendiendo a la literalidad del artículo 61.5.^a, consideró que la degradación era facultativa: el órgano sentenciador podía optar por rebajar la pena uno o dos grados o por no degradar la pena, operando en esos casos el artículo 61.1.^a que determinaría la imposición de la pena señalada por la Ley al delito en su grado mínimo (entre otras, sentencias de 4 de mayo y 17 de diciembre de 1981, 5 de mayo y 6 de junio de 1986, 21 de diciembre de 1987 y 4 de abril de 1988).

Sin embargo la más reciente doctrina jurisprudencial ha modificado este criterio. Enlazando con antiguos antecedentes (sentencias de 7 de mayo de 1962 y 18 de enero a de 1965), la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha sostenido que la degradación que preveía el artículo 61.5.^a era preceptiva, quedando limitado el arbitrio a optar entre el grado inmediatamente inferior o la rebaja de dos grados. Esa nueva línea jurisprudencial quedó abierta con la sentencia 2328/93, de 21 de octubre y se ha visto confirmada con las sentencias 1224/1994, de 14 de junio y 228/1996, de 15 de marzo.

El apartamiento del significado gramatical del precepto se apoyaba en razones fundamentalmente históricas. La regla 5.^a del artículo 61 era reproducción de la concebida por el legislador de 1932 al modificar la correspondiente del Código de 1870 que regulaba la cuestión en los siguientes términos: «cuando sean dos o más, y muy calificadas, las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias» (art. 82.5 del Código de 1870).

La reforma de 1932 obedecía al propósito de beneficiar al reo: la regla 5.^a de su artículo 67 extendió la rebaja a dos grados y sustituyó la exigencia acumulativa de varias atenuantes calificadas por la formulación alternativa de esos requisitos:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

En ese contexto la sustitución de la expresión «*impondrán*» por «*podrán imponer*» no podía responder al propósito de atribuir carácter meramente facultativo a la degradación, sino al de permitir a los Tribunales decidir si la rebaja que en todo caso había de acordarse, debía alcanzar un grado o dos. Otra interpretación, se argumentaba, resultaría incoherente con el propósito global de la reforma de este punto en 1932. La interpretación del precepto atendidos estos antecedentes debía prevalecer sobre su significado literal y gramatical.

Y, en otro orden de cosas, cabe también una lectura de la expresión «*podrán imponer*» en clave de degradación imperativa: el aspecto facultativo de la degradación («*podrán*») se refiere exclusivamente a la opción entre uno o dos grados de aminoración penológica.

En una primera aproximación parece que no existiría impedimento alguno para trasladar esa jurisprudencia a la exégesis del nuevo artículo 66.4.^a y, por extensión, a la del artículo 68.

III

Este argumento se vería reforzado además, por otros de justicia y lógica.

Las eximentes incompletas representan en nuestro ordenamiento penal una disminución del carácter antijurídico de la conducta o de la culpabilidad del sujeto, fundamentada en la presencia de los elementos básicos de las eximentes, que les debe otorgar una fuerza superior a la de las atenuantes ordinarias. Concebir como meramente facultativa la rebaja de pena, supondría la posibilidad de equipararlas con las atenuantes ordinarias y permitir que un hecho en el que concurre una eximente incompleta pueda ser castigado igual que si se apreciase una simple atenuante.

Se ha dicho, de otra parte, que concebir la degradación como potestativa haría hasta cierto punto incoherente el mantenimiento de un régimen autónomo en el artículo 68 para las eximentes incompletas: no se entendería por qué no han sido éstas reconducidas al tratamiento normal de las circunstancias recogido en el artículo 66.

Finalmente se podría aludir a otro tipo de argumentos, como la comparación con el régimen del error (art. 14.3), o lo criticable que resultaría el desmesurado marco penal que el Juez o Tribunal podría recorrer.

IV

Ciertamente los argumentos que se acaban de exponer son de peso y generan dudas. Pero tanto la literalidad del precepto, como los antecedentes legislativos y el examen comparado con otros preceptos del Texto Punitivo hacen decantarse por la interpretación contraria.

Como en toda cuestión interpretativa han de seguirse aquí las pautas previstas con carácter general por el artículo 3 del Código Civil, que remite en primer lugar al *sentido propio de las palabras de la ley*. Este sentido no parece admitir dudas cuando frente al «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados...» de la redacción anterior, se opone, «los Jueces o Tribunales *podrán imponer*, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados...», de la nueva dicción legal. De los términos imperativos se ha pasado a los potestativos: el verbo «podrán» está indicando una facultad y no una obligación.

Por otra parte, la jurisprudencia que se aducía anteriormente y recaída con motivo del derogado artículo 61.5.^a ni ha sido pacífica históricamente ni lo es totalmente en la actualidad. La reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, aunque sea por vía de *obiter dicta*, cuestiona esa interpretación de los términos «podrán imponer», considerando que se trataría de una mera facultad o permisión refiriéndose ya al artículo 66.4.^a del nuevo Código Penal.

V

En segundo lugar, el artículo 3 del Código Civil, pone en relación el sentido de las palabras de la ley, con *su contexto*, que en este caso y a los efectos que interesan ahora puede limitarse a la total redacción del artículo 68 y especialmente a los puntos que suponen variación respecto del texto anterior.

Encontramos en primer lugar que cuando se permite la rebaja de la pena, se especifica que ha de ser «razonándolo en la sentencia», antes de decir que tal rebaja puede ser de uno o de dos grados. Esto confirma la idea de que se trata de una facultad discrecional concedida al Tribunal que, de otro modo debería operar automáticamente la rebaja y razonar exclusivamente la elección de uno o dos grados menos o la extensión de la pena dentro de cada uno de ellos. Y ello porque toda facultad discrecional se entiende que lo es sólo relativa-

mente y conlleva siempre un cierto carácter reglado que se traduce en la obligación del Tribunal de ajustarse a criterios o parámetros y en todo caso, de razonar en relación con ellos, el ejercicio que haya hecho de la facultad en el caso concreto. En esta línea interpretativa se mueve la reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, ya aludida: la expresión «razonándolo en la sentencia» conecta con la atenuación misma, más que con la alternativa entre un grado o dos «como saliendo al paso de la exégesis que apoya la imperatividad».

En este orden de cosas, el nuevo artículo 68 en concordancia con el carácter potestativo que se confiere a la rebaja de la pena aporta muchos más criterios para su determinación. Mientras el derogado artículo 66 hablaba sólo de atender al número y entidad de los requisitos de la exigente que faltaren o concurrieren, el artículo 68 impone la atención además, «a las circunstancias personales del autor, y, en su caso, al resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

VI

Por otra parte, y siempre según el artículo 3 del Código Civil, ese sentido propio de las palabras de la ley ha de ponerse también en relación con los *antecedentes históricos y legislativos*. Y en este marco resulta señaladamente ilustrativa una referencia tanto a la tramitación parlamentaria del artículo 68, para indagar la voluntad del legislador, como a la génesis de la actual redacción de la regla 4.^a del artículo 66.

El Proyecto de Código Penal de 1994 al referirse a las eximentes incompletas, hablaba claramente, al igual que el texto refundido de 1973, de la imposición preceptiva de la pena inferior en uno o dos grados. Aunque inicialmente no se había presentado ninguna enmienda para el debate en el Congreso, en la discusión en Comisión del precepto se planteó una enmienda «in voce» (sesión de 30 de mayo de 1995) que motivó la actual redacción del artículo 68. La expresión «*se aplicará*» fue sustituida por los términos «*podrán imponer*». En defensa de tal enmienda se adujo expresamente el propósito de «sustituir ese carácter obligatorio que tiene para el juez aplicar necesariamente la pena inferior en uno o dos grados, por la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados». La enmienda, que se respaldó invocando razones de coherencia con la flexibilización del sistema en materia de individualización de penas y la necesidad de incrementar las facultades del Juez o Tribunal, fue aceptada por unanimidad.

Se pone así en evidencia de forma inequívoca que el legislador de 1995 al utilizar la locución «*podrán imponer*» ha pretendido dotar de esas palabras justamente de su significado gramatical, fiel al propósito global de ampliar el arbitrio judicial en la tarea de individualización de la pena.

VII

A conclusiones semejantes se llega indagando en la génesis de la misma fórmula –«*podrán imponer*»– recogida en la regla 4.^a del artículo 66.

El Anteproyecto del Código Penal de 1992 en la regla 4.^a de su artículo 63 había sustituido la redacción del artículo 61.5.^a sentando claramente la imperatividad de la rebaja:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, y no concurra agravante alguna, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, *impondrán* la pena inferior. en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

El Consejo General del Poder Judicial en el informe que evacuó sobre el citado Anteproyecto postulaba suprimir esa modificación recobrando el carácter facultativo de la degradación:

«El carácter preceptivo de la rebaja de la Pena (“*impondrán*”) no se justifica, dado que parece preferible dejar, como hasta ahora, los efectos de atenuación al prudente arbitrio de los Tribunales.»

La observación del Consejo General del Poder Judicial no fue atendida y se mantuvo la redacción en el Proyecto de 1992. Sin embargo en el Anteproyecto de 1994 se incorpora ya, en atención con toda probabilidad a esa indicación, y se vuelve a decir «*podrán imponer*» en lugar de «*impondrán*» (art. 65.1.^a del Anteproyecto de 1994), con fórmula que atravesará ya sin alteración alguna todos los trámites legislativos hasta el actual artículo 66.4.^a

Además al paso del Proyecto por el Congreso de los Diputados se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que proponía recuperar la fórmula del Proyecto de 1992 sustituyendo los términos «*podrán imponer*» por «*impondrán*».

Se evidencia así que la utilización de los términos «podrán imponer» ha sido plenamente consciente y no una reproducción del texto precedente (art. 61.5.^a). Sólo esa inercia podría justificar, como hizo últimamente nuestro órgano de casación, superar la literalidad de la ley buscando una interpretación teleológica. La jurisprudencia recaída en los últimos años sobre el artículo 61.5.^a ha perdido su base argumental principalmente histórica y no sirve ya, por tanto, de referente para la exégesis del artículo 66.4.^a del nuevo Código Penal: se ha roto la vinculación con la modificación de 1932, apoyo fundamental para la tesis contraria.

VIII

La interpretación que se propugna –la degradación es facultativa y no preceptiva– queda totalmente apuntalada por otras razones de coherencia, derivadas del análisis de otros preceptos del Código Penal de 1995: así los artículos 171.3, 242.3, 376, 514.2, 565 o 579 que utilizan similar locución refiriéndose muchos de ellos con claridad a una rebaja potestativa, refuerzan el argumento sistemático. Y el examen de los antecedentes parlamentarios de algunos de esos preceptos revela idénticas conclusiones.

Elocuente es a este respecto constatar el origen parlamentario del actual artículo 579 que en materia de delitos de terrorismo permite en determinados casos una rebaja de penalidad empleando la misma expresión que los artículos 68 o 66.4.^a: «...los Jueces y Tribunales, razonándolo en la sentencia, *podrán imponer* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley para el delito de que se trate...».

Pues bien, también en esta norma la fórmula «podrán imponer» fue fruto de una enmienda *in voce* aprobada por unanimidad en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 8 de junio de 1995. El citado precepto hablaba igualmente de rebaja preceptiva de la pena en uno o dos grados. Tras un intenso debate, el portavoz del Grupo Socialista presentó una enmienda *in voce* que había sido previamente consensuada con todos los grupos parlamentarios y que fijó la redacción del precepto en los términos que plasman en el vigente Código Penal. En defensa de esa redacción se dijo expresamente: «...el criterio taxativo que preveía el texto del proyecto, “*impondrán*”, se sustituye por un criterio valorativo, “*podrán imponer*”».

Se pone de manifiesto así nuevamente que el legislador de 1995 con la locución «podrán imponer» quería expresar justamente su significado gramatical: una facultad del juzgador. A conclusiones similares lleva el examen de los antecedentes parlamentarios del actual artículo 376 donde se produjo idéntica mutación.

IX

Del desarrollo argumental realizado, y aun admitiéndose que la cuestión presenta perfiles no totalmente nítidos y definitivos, se desprende que el artículo 68 del nuevo Código Penal ha querido modificar el tratamiento penológico de las eximentes incompletas convirtiendo la degradación en uno o dos grados en una facultad del Juez o Tribunal.

La regulación autónoma de los efectos atenuatorios de las eximentes incompletas y no en el propio artículo 66, tendría su explicación no solo en los avatares legislativos, sino también en una consideración adicional y plenamente congruente con el sistema: la presencia de una o varias agravantes, como se deduce expresamente del artículo 68, no excluiría la posibilidad de atenuación privilegiada, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 66.4.^a

Ciertamente esa opción del legislador puede ser criticable desde la dogmática en atención a la mayor disminución de la antijuricidad o de la culpabilidad que representan las eximentes incompletas, situadas en una zona intermedia entre las eximentes y las atenuantes. Esas razones no son suficientes para, por vía interpretativa, corregir el sentido de la Ley, sin perjuicio de lo que pueda decidir la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero desde luego sí autorizan a realizar dos tipos de consideraciones.

De un lado, ha de entenderse que por evidentes razones de proporcionalidad ante la presencia de una eximente incompleta lo ordinario será rebajar la pena al menos en un grado. Solo en casos excepcionales en que sea patente la improcedencia de la degradación por las circunstancias concurrentes, prescindirán los Fiscales de solicitar la pena degradada, operando exclusivamente con el artículo 66.

Por otra parte, siempre será necesario consignar en la sentencia los motivos por los que el órgano judicial no hace uso de la posible degradación. La facultad es discrecionalidad pero no arbitrariedad y no es rechazable un eventual control casacional (entre otras, sentencia 629/1996, de 26 de septiembre).

CONCLUSIONES

1.º El artículo 68 del Código Penal de 1995 al emplear los términos «podrán imponer» está indicando una facultad, de forma que el Juez o Tribunal ante la presencia de una eximente incompleta podrá optar por mantener la pena señalada al delito o por rebajarla en uno o dos grados.

2.º El principio de proporcionalidad y el carácter de las eximentes incompletas hacen conveniente entender que lo ordinario será la degradación de la pena. Sólo en casos excepcionales en que esté plenamente justificada esa decisión se prescindirá de la rebaja, lo que hace especialmente exigible la motivación en la sentencia.

CONSULTA NÚMERO 2/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA ANTE LA CONCURRENCIA DE VARIAS ATENUANTES O UNA MUY CUALIFICADA.

I

La consulta elevada versa sobre la regla 4.ª del artículo 66 del nuevo Código Penal, que contempla los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

Dos problemas suscita la exégesis del precepto transcrito:

El primero es el planteado en la Consulta: cuando concurren también agravantes, ¿queda desplazada esa regla 4.ª en favor de la 1.ª del mismo artículo?

La segunda cuestión obliga a precisar si en los supuestos de la regla 4.ª del artículo 66 la rebaja de, al menos, un grado es preceptiva

o meramente facultativa, de forma que el Juzgador pese a la concurrencia de varias atenuantes puede imponer la pena-tipo, razonando los motivos por los que no considera procedente la rebaja de penalidad. Este segundo problema que tiene también aquí interés pues en alguna medida pueden condicionar el anterior, es abordado en la Consulta 1/1997 analizando el artículo 68 del código Penal de 1995 en solución que es extrapolable al precepto que ahora se comenta: la rebaja de penalidad es potestativa.

II

La resolución de la cuestión relativa a la operatividad del artículo 66.4.^a cuando concurre alguna circunstancia agravante reviste cierta oscuridad.

En principio caben tres posibles interpretaciones:

a) Entender que la regla 4.^a del artículo 66 es aplicable también cuando concurren circunstancias agravantes: la apreciación de una agravante no veda la posible degradación de la pena prevista en tal norma.

b) Considerar que el artículo 66.4.^a contempla la concurrencia exclusiva de una atenuante muy cualificada o varias atenuantes. Para las hipótesis de apreciación simultánea de circunstancias atenuantes y agravantes la regla aplicable sería la 1.^a del mismo precepto que excluiría la 4.^a

c) Cabría finalmente estimar que la posibilidad de degradación del artículo 61.4.^a es factible cuando se da una sola circunstancia agravante, pero no cuando concurren varias, o incluso en una interpretación más recreadora considerar que podrían compensarse atenuantes y agravantes para indagar si permanece o no el fundamento de la atenuación privilegiada.

III

La primera tesis, según la cual la presencia de agravantes no impediría la degradación, vendría apoyada por los siguientes argumentos:

a) El primero, de tipo histórico, es el que tiene más fuerza: en el código Penal de 1995 se ha suprimido la exigencia expresa de que no concurriese agravante alguna para la posible degradación cuando se

aprecian varias atenuantes o una muy cualificada. La supresión ni ha sido algo inadvertido, ni ha obedecido a la consideración de que el inciso podría resultar superfluo. Responde al propósito de permitir la rebaja privilegiada aunque concurra alguna agravante. El examen de los antecedentes prelegislativos conduce a esa conclusión.

La supresión del inciso «y no concurra agravante alguna que aparece en el artículo 61.5 del Texto Refundido de 1973 y figuraba igualmente en el Anteproyecto de 1992 atiende a la observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial postulando su desaparición pues en opinión del órgano constitucional citado no debía «mantenerse el carácter obtativo que, respecto a la rebaja privilegiada que en este precepto se regula, tiene la simple concurrencia de algún agravante».

Aunque el Proyecto de 1992 no incorporó esa indicación, sí lo hizo el Proyecto de 1994 dando así lugar a la redacción que se lee finalmente en el texto publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Se pondría así de manifiesto que el propósito del legislador era permitir la degradación aunque la presencia de varias atenuantes fuese acompañada de algún agravante.

b) Por otra parte, en el artículo 66.4.^a no aparece el adverbio «sólo» que sí figura en el artículo 66.2.^a Se da a entender con eso que el artículo 66.4.^a parece contemplar todos los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada y no exclusivamente aquéllos en que solamente concurren esas atenuantes. Pero este argumento gramatical no es concluyente en la medida en que el adverbio «sólo» tampoco figura en la regla 3.^a del artículo 66, como se razonará después.

c) En otro orden de cosas cabría argüir un argumento de analogía con el artículo 68 regulador de la eficacia atenuatoria de las eximentes incompletas. Su régimen ha quedado parificado con los casos de concurrencia de varias atenuantes o una cualificada. De ahí se puede llegar a deducir que la equiparación debe ser total. Y si en el caso de eximentes incompletas la presencia de alguna agravante no impide la degradación, tal y como se deduce del inciso final del artículo 68, tampoco debe impedirlo en los casos del artículo 66.4.^a

d) Finalmente, el carácter facultativo y no imperativo de la rebaja de pena prevista en el artículo 66.4.^a crea un campo más propicio para optar por esta tesis. La degradación imperativa crearía situaciones poco acordes con la equidad (piénsese en la concurrencia de dos o más agravantes junto a una atenuante cualificada). Al tratarse de una mera facultad se permite no hacer uso de ella cuando se aprecien datos que lo hagan desaconsejable como puede ser la presencia

de una agravante. En sintonía con la jurisprudencia más reciente el nuevo código Penal potencia la necesidad de que el ejercicio del arbitrio sea motivado y no arbitrario. así se propicia un más eficaz control a través de los recursos que posibilitará impugnar y corregir los casos en que se realice un uso abusivo de esa facultad de atenuación privilegiada, lo que puede suceder cuando existan una o varias agravantes, y las atenuantes presentes no tengan la suficiente entidad para llegar a la degradación autorizada en la regla 4) del artículo 66 (por ejemplo, en principio no sería razonable degradar la pena existiendo tres agravantes y una sola atenuante cualificada).

IV

La segunda de las posiciones antes expuestas es la propugnada por la fiscalía que realiza la Consulta: la presencia de una circunstancia agravante atrae necesariamente la regla 1.^a del artículo 66 en detrimento de la 4.^a. Su defensa se basaría en las siguientes razones:

a) No basta con constatar cuál ha sido el propósito del legislador. Para el intérprete lo decisivo es la *voluntas legis* y la lectura detenida del artículo 66 lleva a la conclusión de que la concurrencia simultánea de atenuantes y agravantes está regulada en su regla 1.^a. La 4.^a solo puede referirse a la concurrencia exclusiva de varias atenuantes o una muy cualificada, porque el supuesto de presencia coetánea de agravantes ya está tratado previamente.

b) La desaparición del inciso «y no concorra agravante alguna» que recogía el derogado artículo 61.5.^a no tiene ningún alcance pues la aclaración resultaría superflua a la vista del artículo 66.1.^a

c) Criterios históricos y de lógica imponen asimismo excluir la posibilidad de degradación cuando concorra alguna circunstancia agravante, por más que sean varias las atenuantes presentes o una cualificada. No sería proporcionada la rebaja de penalidad autorizada por el artículo 66.4.^a ante la presencia de dos o más agravantes y una sola atenuante cualificada.

d) El principio de especialidad conduciría a igual estimación: el artículo 66.1.^a debe considerarse ley especial frente al artículo 66.4.^a, y por tanto de preferente aplicación.

e) También el artículo 68 puede ser esgrimido como argumento en favor de esta tesis. En esta norma se alude expresamente en su inciso final a la posible concurrencia de circunstancias agravantes, lo que no sucede en el artículo 66.4.^a. De ahí se colige que en el

artículo 68 –exención incompleta– la presencia de una agravante no excluye la degradación de la pena. Sin embargo en el artículo 66.4.^a no se alude para nada a la toma en consideración de la posible concurrencia de agravantes para graduar la pena. Es más, se dice que ésta se determinará atendiendo a la entidad y número de dichas circunstancias (es decir, las atenuantes concurrentes). Si la regla fuese también aplicable cuando concurren agravantes, se hubiese aludido necesariamente a la consideración de las posibles agravantes para la individualización definitiva de la pena. La tesis contraria conduciría al absurdo de hacer caso omiso de la posible concurrencia de agravantes en el momento de concretar la duración de la pena. Es más, en rigor según el tenor literal del precepto la presencia de una o varias agravantes no sería tenida en cuenta ni siquiera para decidir la rebaja de grado.

f) La estructura del precepto refuerza este entendimiento: en la regla 1.^a se regulan todos los casos de ausencia de circunstancias o concurrencia simultánea de circunstancias de uno y otro signo. Las siguientes reglas irían destinadas a reglamentar las demás hipótesis: la 3.^a las de concurrencia exclusiva de agravantes; y la 2.^a y 4.^a las de apreciación exclusiva de atenuantes. La regla 4.^a sería una especificación de la regla 2.^a

g) Por fin, debe advertirse, incidiéndose en algo ya apuntado, que en la regla 3.^a tampoco se incluye el adverbio «sólo» (que desapareció en la tramitación parlamentaria) y pese a ello es claro que en los supuestos en que concurren agravantes junto con atenuantes la regla a aplicar es la 1.^a y no la 3.^a. Pues bien, de igual forma, aunque en la regla 4.^a tampoco se diga expresamente que sólo han de concurrir atenuantes, esa apreciación se deduce igualmente de todo el precepto.

V

A tenor de la tercera tesis antes enunciada ante la concurrencia de dos circunstancias agravantes quedaría vetada la posibilidad de la rebaja de pena autorizada por el artículo 66.4.^a; disminución que sí sería posible, sin embargo, si se tratase tan solo de una agravante. El fundamento de esta interpretación habría que buscarlo en el plural que utiliza la regla 1.^a del artículo 66 («cuando concurren *unas y otras*») que haría que solo entrase en juego cuando estuviésemos ante varias atenuantes y varias agravantes.

Esta interpretación, sin embargo, debe ser desechada pues, aunque mediante ella se llegaría a una solución que permitiría respuestas pon-

deradas, genera disfunciones. De aceptarse se llegaría a la conclusión de que el supuesto de concurrencia de una atenuante y una agravante no está contemplado por la Ley y habría que solucionarlo a través de la analogía. Y de igual forma tendríamos que los casos de concurrencia de dos agravantes y una atenuante podrían ser reconducidos a la regla 3.^a, lo que carece de lógica.

A la vista de estas consideraciones resulta claro que la utilización del plural en la regla 1.^a del artículo 66 no es más que una fórmula de estilo que pretende abarcar tanto la concurrencia de varias circunstancias de uno y otro signo, como la apreciación de una sola atenuante y una sola agravante.

Por fin, una variante de esta última tesis vendría representada por recuperar, por vía interpretativa, la posibilidad de compensar atenuantes y agravantes. Ante la presencia simultánea de atenuantes y agravantes habría que aplicar preferentemente la regla 1.^a. Pero si, compensada racionalmente una agravante con una atenuante de forma que la fuerza agravatoria de aquélla se entiende anulada por ésta, permaneciesen otras dos atenuantes o una cualificada, sería factible la utilización del artículo 66.4.^a con la consiguiente posible degradación.

Esta última tesis ofrecería unos resultados seguramente más ajustados pero no puede aceptarse pues llega a manipular la dicción legal introduciendo criterios no presentes en el texto normativo.

VI

El desarrollo argumental desplegado pone de manifiesto que se trata de una cuestión dudosa que deberá dar lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. La voluntad del legislador parece tropezar con la dicción literal de la Ley que no acierta a decir lo que posiblemente se quiso decir.

En trance de optar por una solución y aun admitiéndose lo discutible del tema parece que, en tanto la jurisprudencia se decante por una u otra de las interpretaciones posibles, debe darse prevalencia a la *voluntas legis* y entender que la presencia de una agravante impide la aplicación de la regla 4.^a del artículo 66, reconduciéndose esos supuestos a la regla 1.^a del citado artículo 66.

En conclusión, mientras no se produzca una línea jurisprudencial que marque otra senda interpretativa, los Fiscales entenderán que ante la concurrencia de atenuantes junto con agravantes será de aplicación la regla 1.^a del artículo 66.

CONSULTA NÚMERO 3/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA FALSIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN, ALTERA- CIÓN U OMISIÓN DE LA PLACA MATRICULA DE UN VEHÍCULO DE MOTOR

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 279 bis del Código Penal de 1973 (VCP) señalaba:

«La falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil será castigada con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Si el hecho tuviere como fin cometer algún delito o facilitar su impunidad, la pena será de presidio menor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.»

El Código Penal vigente (NCP), aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no contiene un tipo penal que en forma paralela contemple específicamente las conductas del antiguo artículo 279 bis.

La Fiscalía consultante, partiendo de tal situación, plantea cuál sea el encaje de tales conductas en el NCP.

II. LA PLACA MATRICULA COMO DOCUMENTO DE CARÁCTER OFICIAL

El artículo 26 NCP recoge el concepto legal de documento, insistentemente reclamado por sectores de la doctrina, al señalar:

«A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.»

En tal definición han de entenderse comprendidas las placas matrículas de un vehículo automóvil, pues no cabe duda de que en las mismas concurren, como se razonará seguidamente, las notas exigidas por el concepto legal: son soportes materiales que incorporan datos con relevancia jurídica.

El Código admite como documento no sólo los escritos plasmados en un soporte consistente en papel, sino cualquier contenido intelectual recogido en otro tipo de soporte (cintas magnetofónicas, cintas de video, disquettes informáticos...), recogiendo así la línea jurisprudencial expresada en las SSTS de 19 de abril de 1991 y 10 y 27 de noviembre de 1995. Incluso en el estrecho marco del concepto de documento a efectos casacionales, las sentencias de 19 de octubre y 21 de noviembre de 1996 han tenido por tal no sólo el escrito, sino también «aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un disquette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc». Por su parte, la sentencia de 10 de julio de 1996, en referencia al artículo 26, señala que «lo decisivo para admitir la existencia de un documento será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material, cuyo sentido o contenido se manipula o altera». En consecuencia, no existe duda alguna acerca de la admisión de las placas como soporte documental válido.

La placa de matrícula tiene, por los datos que incorpora, relevancia jurídica. Dicha relevancia no puede predicarse únicamente del permiso de circulación por constar en dicho documento el número de matrícula y ser obligatoria su llevanza (art. 59.3 del Texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo). La relevancia jurídica de la placa de matrícula viene acreditada por las siguientes consideraciones: primero, ha de figurar en el exterior del vehículo con carácter obligatorio, requisito legalmente exigible para la circulación, según dispone el artículo 62.1 de la citada Ley; segundo, debe reunir determinadas características técnicas para su homologación y, de otra parte, su colocación en los vehículos no puede efectuarse caprichosa o arbitrariamente sino que está sujeta a normas muy precisas (arts. 230 ss. del Código de la Circulación, vigente como Reglamento de la citada Ley en virtud de la Disposición Transitoria de la misma, y Orden de 20 de septiembre de 1985); y, por último, tiene un indudable valor probatorio en tanto medio identificativo del vehículo, hasta el punto de hallarse prohibida la duplicidad de matriculación por el artículo 209.IV del Código de la Circulación y sancionarse como infracción administrativa grave o muy grave, según las circunstancias, la circulación sin placa matrícula –artículo 65, apartados 4 y 5 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

Sin perjuicio de que la identificación del vehículo se efectúe en determinadas ocasiones por medio del permiso de circulación o por la

tarjeta de inspección, es evidente que en muchas otras situaciones (piénsese en determinadas actuaciones delictivas o en la imposición de sanciones administrativas por infracciones de tráfico) la placa matrícula se erige en elemento probatorio para la identificación del vehículo.

Debe, por tanto, afirmarse la relevancia jurídica de la placa de matrícula.

Como argumento histórico en favor de la consideración de la placa matrícula como documento cabe citar el artículo 376.2.5.º del Proyecto de Código Penal de 1992 que, al dar un concepto de documento, prácticamente idéntico al que plasma el vigente artículo 26, incluía especialmente, entre otros, la matrícula de cualquier vehículo automóvil, embarcación o aeronave.

Examinados los dos requisitos que permiten conceptualizar la matrícula como documento, habrá de establecer qué clase de documento sea.

La matrícula es documento que debe reputarse oficial, en tanto reúne los requisitos señalados por la jurisprudencia (SSTS de 16 de diciembre de 1987, 16 de mayo de 1990, 18 de enero de 1991, 20 de marzo de 1992 y 10 de noviembre de 1993) para tales documentos: proviene de las Administraciones Públicas para la satisfacción de necesidades administrativas públicas, como es la regulación y ordenación del tráfico rodado.

No empaña tal concepción el hecho de que la intervención de la Administración, decisiva en la autorización o no de la expedición de la matrícula así como en la asignación de su numeración, no alcance directamente a la fabricación y colocación material de las placas en los vehículos. En todo caso, la jurisprudencia (SSTS 11 de marzo de 1993, 27 de diciembre de 1993 y 18 de febrero de 1994, entre otras) reiteradamente ha venido admitiendo la existencia de documento oficial aun cuando no emane de funcionario público o sujeto de derecho público, tan solo porque la legislación prescriba una intervención o inspección por parte de la Administración Pública. Es de señalar la existencia de un exhaustivo control administrativo sobre la fabricación de las placas. El Decreto 2100/1976, de 10 de agosto, (complementado por el Decreto 1049/1977, de 3 de mayo), regula el control por las Jefaturas Provinciales de Tráfico de los establecimientos expendedores de placas de matrícula, que deberán llevar un libro registro, diligenciado por aquellos organismos, en el que están obligados a reseñar la identidad del comprador de las placas y los datos del automóvil al cual se destinen –artículo 2.2.º– Asimismo, las Jefaturas tienen facultades de inspección –artículo 5.3.º– y de sanción –artículo 7– de los citados establecimientos.

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS CONDUCTAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 279 BIS

Han de analizarse por separado las diferentes conductas que, en sus dos apartados, contempla el citado precepto a fin de decidir sobre su encaje en el nuevo Código Penal. Hemos de distinguir entre la falsificación, alteración, sustitución u omisión de la placa.

1. La *falsificación y la alteración de la placa* no presentan especiales problemas: tales conductas tienen encaje en el artículo 390.1.1.º («alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial»); siendo de aplicación el artículo 392 cuando la conducta se cometa por particular o por funcionario que no se hallare en el ejercicio de sus funciones.

La falsificación o alteración han de recaer sobre elementos de carácter esencial: aquellos signos distintivos (secuencia de letras y números) identificativos del vehículo. Las restantes alteraciones de la placa que no enturbien la verdadera identidad del automóvil (v. gr.: en lugar de la placa homologada se coloca un soporte de distinto material en el que, sin embargo, el número de la matrícula es el correcto) no encajan en el delito de falsedad de documento y serán reconducibles, en su caso, a la esfera administrativa.

2. La *sustitución de la placa* es la conducta que mayores problemas interpretativos ha planteado desde la entrada en vigor del NCP. No faltan ya pronunciamientos de Juzgados de lo Penal o de Audiencias Provinciales contradictorios; mientras algunas resoluciones la consideran delito de falsedad documental, otras reputan despenalizada tal conducta.

Entendida la sustitución como la colocación intencionada de la placa matrícula legítima de un vehículo en otro distinto, impidiendo o, cuando menos, dificultando su verdadera identificación, la primera cuestión que, desde un punto de vista teleológico, llama la atención es la siguiente: si pacíficamente se reputa delictiva –artículo 390.1.1.º– la alteración de uno o de todos los guarismos de la placa de un vehículo (v. gr.: se altera la placa para convertir un «3» en un «8», o se borran todos los caracteres para sustituirlos por otros), resulta contrario a toda lógica considerar atípica la sustitución en un vehículo de la placa legítima por otra. El desvalor de la acción y del resultado es igual en ambos supuestos.

Pese a la anterior consideración el principio de legalidad exige examinar si encaja o no la conducta de sustitución de la placa en alguna de las modalidades falsarias que contempla el artículo 390 NCP.

Pues bien, para abordar esta cuestión adecuadamente debe partirse de la diferenciación entre la placa sustituida o propia del vehículo y la placa sustituta. La sustituta no se ve alterada en sí misma, pues ninguna alteración sobre ella es precisa para la conducta que ahora examinamos. No se altera, borra o sustituye ninguno de sus guarismos. En ese sentido parece correcto decir que sobre la placa sustituta no se produce «alteración de alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial».

Ahora bien, la consideración de las modalidades falsarias del artículo 390 debe ser examinada no sobre la placa sustituta sino sobre la propia del vehículo, es decir, la resultante de colocar la sustituta en un vehículo al que corresponde placa distinta, por ser la que despliega efectos en el tráfico jurídico. Y así examinado el problema, resulta que en la placa sustituida se dan diversas modalidades falsarias del artículo 390.

Por un lado, en la placa propia se produce alteración de todos sus elementos esenciales excepto aquellos números o letras que coincidan en ambas placas, lo que tiene encaje en la modalidad del apartado 1.º del artículo 390 («alterando un documento –insistimos, placa sustituida o propia– en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial»).

Por otra parte, mediante la colocación de la placa sustituta en un vehículo se está simulando la placa propia, dándose la modalidad falsaria del artículo 390.1.2.º («Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»). Quien sustituye por otras las placas de matrícula legítimas de un automóvil está simulándolas.

En conclusión, la sustitución encaja en las dos primeras modalidades del artículo 390.1 del NCP.

3. *La omisión de la placa matrícula* debe entenderse que ha sido destipificada en el nuevo Código, pues no tiene cabida en ninguna de las modalidades falsarias del artículo 390. La circulación intencionada sin placa de matrícula ha dejado de ser conducta delictiva. Por ello, las acusaciones formuladas o las sentencias condenatorias basadas en la conducta de omisión de la placa, al amparo del artículo 279 bis VCP, deberán ser objeto de revisión para, respectivamente, interesar la retirada de acusación o la revisión de la sentencia, remitiendo testimonio a la autoridad correspondiente ante la posible existencia de infracción administrativa regulada en el artículo 65 apartados 4 y 5 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

4. Por último, *la agravación punitiva que se contenía en el párrafo 2.0 del artículo 279 bis*, para cuando el hecho se hubiere

cometido con el fin de perpetrar otro delito o procurar su impunidad, carece de equivalente en la conducta falsaria del artículo 390, que castiga con la misma pena la conducta se haya cometido o no con el indicado fin.

IV. FALSIFICACIÓN DEL NUMERO DE BASTIDOR O DE MOTOR

La falsificación de la numeración grabada en el bastidor o en el motor del automóvil ha venido incriminándose a tenor del artículo 280 del Código derogado de 1973 que castigaba la falsificación de los sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen las empresas o establecimientos industriales o de comercio (en tal sentido SSTS de 28 de octubre de 1987, 1 y 9 de febrero de 1989, 14 de abril de 1994 y 21 de junio de 1994).

Dicho precepto, sin embargo, no cuenta con un equivalente en el NCP.

Ahora bien, partiendo de la conceptualización, en virtud del artículo 26 del NCP, del bastidor o del motor como soportes documentales en los que se plasma un número con relevancia jurídica y, por tanto, reconociendo carácter de documento oficial a los números de bastidor o de motor de los vehículos, serán de aplicación aquí las consideraciones formuladas en los apartados precedentes acerca de la placa de matrícula, a fin de reputar las mendacidades operadas en el número de bastidor o de motor como constitutivas de delito de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y siguientes del NCP, sin que pueda entenderse aplicable el artículo 274 relativo a la propiedad industrial.

CONCLUSIONES

1.º La placa matrícula de un vehículo automóvil es documento de carácter oficial, a tenor del artículo 26 del NCP.

2.º La falsificación o la alteración de la placa constituyen delitos de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.1.º del NCP.

3.º La sustitución de la placa es delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1, en las modalidades falsarias de los apartados 1.º y 2.º, del NCP.

4.º La omisión de la placa ha devenido en conducta atípica en el NCP; sancionable, en su caso, como infracción administrativa.

5.º Las anteriores consideraciones son extensibles a la falsificación de los números de bastidor o de motor que se reputan delito de falsedad en documento oficial.

CONSULTA NÚMERO 4/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA EXTENSIÓN A TERCEROS PARTICIPES DE LOS EFECTOS DE LA REGULARIZACIÓN FISCAL

I

El objeto de la Consulta se sintetiza en la siguiente cuestión: si la conducta desplegada por el deudor tributario regularizando su situación afecta, en el sentido de excluir la punibilidad en los delitos de defraudación fiscal así como en las falsedades documentales instrumentales cometidas, solamente a aquél o, además, puede extenderse a los terceros que hubieran tomado parte en los delitos señalados.

La Consulta se eleva al hilo del siguiente supuesto de hecho: tres imputados invierten unas sumas de dinero en una entidad bancaria y, con el fin de procurar la opacidad de la operación y ocultar la titularidad, documentan la inversión a través de sucesivos contratos de cesión de crédito en los que como cedente firma por el Banco un empleado de la entidad y como cesionario hacen figurar a una tercera persona que no es la propietaria del dinero, quien firma los contratos teniendo pleno conocimiento de que no responden a la realidad, y a quien habían captado a través de otro individuo conocido de los propietarios del metálico.

Las cantidades totales obtenidas, capital más intereses, fueron invertidas finalmente por los propietarios en suscripción de Deuda Pública Especial, conforme a la Disposición Adicional 13.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, lo que supone la regularización de su situación tributaria.

La defraudación fiscal (aparte del efecto que sobre la misma produciría la regularización) al ser en cuantía inferior a 15 millones de pesetas se ha visto despenalizada por la LO 6/1995, de 29 de junio, que dio nueva redacción a los artículos 349 y ss. del derogado Código Penal.

El delito de falsedad de documento mercantil cometido por los tres deudores tributarios se ha visto afectado por la regularización, a tenor del artículo 349.3 del derogado Código Penal y de la Disposición adicional segunda de la LO 6/1995, de 29 de junio. Los tres deudores citados quedan exentos de pena por tales delitos de falsedad documental en tanto son falsedades instrumentales realizadas exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización. Ese criterio se recoge igualmente en los artículos 305, 307 y 308 del vigente Código Penal.

Se plantea, por tanto, respecto de los partícipes en la falsificación, distintos de los obligados tributarios, (el testafarro firmante como cesionario, el empleado del Banco y el sujeto que proporciona al testafarro) si les alcanza en el delito de falsedad la regularización efectuada por aquellos otros.

II

Cuestión previa determinante de la solución que haya de adoptarse es la de precisar cuál sea la naturaleza jurídica de la regularización tributaria prevista en el artículo 349.3 del derogado Código y en los artículos 305, 307 y 308 del Código de 1995 vigente.

A) Un primer grupo de posturas, aun con diferentes matices entre ellas, coinciden en mostrarse contrarias a su entendimiento como excusa absolutoria. Unos conceptúan la figura como un supuesto de inexistencia de antijuricidad, previo a la punibilidad. Otros, como un caso de ausencia de ánimo de defraudación. Tales tesis, que ya se adelanta no son compartidas, se apoyan en los siguientes razonamientos:

1.º En la tramitación parlamentaria de la LO 6/1995 se produjeron en el Senado importantes modificaciones a la redacción original del Proyecto remitido al Parlamento. Se suprimió en la Exposición de Motivos la alusión a la «excusa absolutoria» que se contenía en su párrafo segundo y se modificó la expresión «ausencia de penalidad» empleada en el párrafo cuarto de dicha Exposición por la de «ausencia de responsabilidad penal». Además, en el artículo 349.3 del viejo Código se sustituyó la expresión «No se impondrán penas...», que empleaba el texto del Proyecto, por la de «Quedará exento de responsabilidad penal el que...».

De tales modificaciones se desprende, a juicio de esta postura, que en la mente del legislador la conducta regularizadora no incide sola-

mente en la no imposición de pena a una conducta delictiva previamente cometida sino que supondrá algo más, en concreto, la ausencia de responsabilidad penal por falta de antijuridicidad. No es un caso de responsabilidad sin imposición de pena por razones de política criminal sino de exención de responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad.

2.º Para otros autores la regularización se entiende como el cumplimiento voluntario por el obligado tributario, aunque producido fuera del período ordinario de pago. El delito se consuma cuando se ha eludido el pago de tributos, y tal ilusión no se entiende producida sin más por el transcurso del plazo ordinario para efectuar el pago en tanto que es posible en un momento posterior –a través de la regularización– efectuarlo sin sanción.

El delito fiscal, según esta tesis, no se ha consumado cuando la regularización se lleva a cabo, pues hasta entonces no se ha eludido el pago de los tributos al haber aún al deudor, siquiera intempestivamente, la posibilidad de declarar correctamente las bases tributarias mediante la regularización. Siendo así, la regularización no opera como excusa absolutoria de un delito consumado sino como conducta que impide que nazca el tipo, por ausencia tanto de ilusión del pago de tributos como del ánimo de defraudar plasmada en la conducta voluntaria regularizadora.

B) Frente a las anteriores consideraciones, debe entenderse que la regularización fiscal opera en el marco del elemento punibilidad y al modo de una excusa absolutoria. Se apoya este entendimiento en los siguientes argumentos, que sirven para refutar los antes expuestos:

1.º La comentada modificación que en el texto del Proyecto se llevó a cabo por el Senado no es determinante. Es cierto que se sustituyó la expresión «No se impondrán penas...» por la de «Quedaría exento de responsabilidad penal...», que es, además, la empleada por el Código vigente en sus artículos 305.4, 307.3 y 308.4. Ahora bien, no por ello la regularización deja de ser una excusa absolutoria. La expresión «exentos de responsabilidad penal» es empleada en la formulación de otros supuestos, tanto del anterior como del vigente Código, respecto de los cuales no cabe duda sobre su configuración como excusa absolutoria. Cabe citar en este sentido tanto el artículo 268 (igualmente el correlativo art. 564 del anterior CP) respecto de la excusa absolutoria para determinados delitos contra la propiedad cometidos entre parientes, como el derogado artículo 563 bis b) párrafo 2.º del Código anterior respecto del cheque en descubierto que se abona en los cinco días siguientes a su presentación al cobro.

En otros preceptos, sin embargo, se emplea la expresión «quedaré exento de pena». Así en los vigentes artículos 480 (anterior art. 226) y 354.2 [art. 553 bis e) párrafo 2.º del anterior Código Penal], supuestos ambos calificados de excusas absolutorias. Igualmente se emplea tal fórmula en el artículo 454 del vigente Código al señalar que «están exentos de las penas impuestas a los encubridores» los que lo sean de determinados parientes (recogiendo así el tenor del antiguo art. 18) y ello pese a que tal precepto según algunos no recoge una excusa absoluta sino una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

De lo anterior se desprende que la terminología del Código no es pauta segura para averiguar la verdadera naturaleza de la regularización fiscal. Nada obsta a su consideración como excusa absoluta que en los artículos 305, 307 y 308 del Código (o en el antiguo art. 349.3) se diga «Quedaré exento de responsabilidad penal el que...» en lugar de emplear otra fórmula directamente referida a la exención de la pena.

La razón del cambio terminológico producido en el Senado tal vez se debiera a la idea, sin duda innecesaria, de emplear una locución que despejara cualquier duda acerca de la improcedencia de incoación o continuación del procedimiento penal en el que se acreditara que el deudor había regularizado. En casos de regularización no se llegaría a juicio oral para determinar en la sentencia la no imposición de penas; sino que en el momento en que se acreditara que había sido llevada a cabo tal regularización –durante el proceso penal o antes de la incoación del mismo– el asunto debía abortarse procesalmente.

2.º La regularización es una conducta que se produce una vez ya cometido o consumado el delito fiscal (o la infracción administrativa tributaria) y, en su caso, las falsedades instrumentales. La conducta regularizadora no opera pues a modo de desistimiento voluntario para la tentativa inacabada o arrepentimiento activo para la tentativa acabada, reguladas ahora en el artículo 16.2 del vigente Código, pues si así fuera hubiera sido incluso innecesaria la inclusión en el texto punitivo de los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 o del derogado artículo 349.3 (al igual que no se regulan expresamente en el art. 138 tipificador del delito de homicidio las figuras del desistimiento voluntario o del arrepentimiento activo, que se extraen sin dificultades de la Parte General del Derecho Penal y se regulan en el art. 16.2 del vigente Código). Por ello, la regulación específica de los artículos 305, 307 y 308 (o del antiguo art. 349.3) indica que tal conducta regularizadora se produce una vez consumado el delito, a modo de conducta que implica el levantamiento de la pena tal y como sucedía en los supues-

tos del derogado artículo 563 bis *b*) para el caso del cheque en descubierto, en el vigente artículo 354.2 [anterior artículo 553 bis *e*] en casos de incendios, en el artículo 480 (anterior art. 226) respecto de la rebelión o sedición y en el artículo 427 del vigente Código para el particular que denunciare en los diez días siguientes el cohecho.

La tesis de que el delito todavía no se ha consumado cuando el sujeto regulariza plantearía enormes problemas: se dejaría la consumación al albur de un hecho ajeno al sujeto activo cual es la producción de cualquiera de los supuestos que cierran la posibilidad de una regularización y se haría imposible la prescripción del delito fiscal al no consumarse hasta que las actuaciones se dirigieran contra el culpable.

En conclusión, la conducta regularizadora prevista en el Código se lleva a cabo una vez que el delito ha sido consumado y supone la exoneración de una punibilidad que ya había surgido.

Los supuestos en que la regularización se produce antes de la consumación delictiva (v. gr.: en el plazo ordinario para declarar y tras haber presentado una declaración de IRPF plagada de datos falsarios el deudor presenta una declaración complementaria) no encajan en el artículo 305.4 (anterior art. 349.3) por tratarse de casos de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo que impiden la consumación del delito fiscal. No habiendo delito consumado y no admitiéndose formas imperfectas de ejecución del delito fiscal, tanto el deudor tributario que desistió como los partícipes en el iter del delito no responderían por tales hechos. La irresponsabilidad de los partícipes en el delito fiscal vendría dada no tanto por la conducta de desistimiento voluntario del deudor, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 16.3 del nuevo Código Penal (que exonera de responsabilidad en casos de varios partícipes sólo a aquél o aquéllos que desistan de la ejecución, no al resto), sino por el hecho de que no se consuma el delito fiscal y no admitiéndose la punición de formas imperfectas del mismo el hecho resulta atípico.

Surgiría aquí un problema añadido: la responsabilidad por las falsedades instrumentales que ya hubieran sido consumadas para el delito fiscal desistido. En este punto sería de aplicación por analogía *in bonam partem* lo dispuesto en el artículo 305.4. párrafo 2.º (anterior art. 349.3. párrafo 2.º), ya que carecería de sentido admitir la extensión de la no responsabilidad a las falsificaciones cuando la regularización se produce una vez consumado el delito fiscal y no admitir tal efecto cuando la regularización se trata de una conducta que, por producirse antes, impide el nacimiento o consumación del delito fiscal.

III

Incluida la regularización en el elemento punibilidad, hemos de distinguir dos categorías entre las excusas absolutorias.

Por una parte pueden agruparse las excusas absolutorias preexistentes a la acción, en las cuales la punibilidad no llega a nacer por cuanto que desde el momento de la comisión del hecho concurre una circunstancia que excluye la pena. Se trata de excusas absolutorias que operan como «causas de exclusión» *a priori* de la pena en función de determinadas condiciones personales que concurren en el sujeto activo del delito. El supuesto más característico es el del artículo 268 del Código Penal. Otra figura similar es la del artículo 454, aun cuando su encuadre como excusa absoluta no sea pacífico, pudiendo conceptuarse también como una causa de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.

De otra parte se encuentran las excusas absolutorias posteriores a la comisión del delito, que podríamos denominar «de conducta». Recogen supuestos no de «exclusión» sino de «levantamiento» de la pena en atención a un comportamiento posterior a la comisión del delito que anula la punibilidad que en principio merecía plenamente el hecho. Se exonera así retroactivamente de una punibilidad que ya había nacido. En esta categoría habría que situar el comportamiento regularizador contemplado en los artículos 305, 307 y 308 del vigente Código; así como también el artículo 354.2 en casos de incendios, el artículo 427 en los delitos de cohecho, la previsión del artículo 462 en el delito de falso testimonio y, finalmente, el supuesto del artículo 480.1 respecto de la rebelión.

La distinción entre estas dos categorías, que configuran supuestos que podríamos denominar, siguiendo a la doctrina alemana, en el primer caso de «exclusión» y en el segundo de «levantamiento» de la penalidad, es importante para analizar, lo que se hace en el siguiente apartado, la extensión de las mismas a terceros partícipes en el delito.

IV

La excusa absoluta de los artículos 305, 307 y 308 es una causa de levantamiento de la pena debida a la conducta regularizadora del deudor tributario, que se puede llevar a cabo desde que se consuma el delito y hasta que se produzca alguna de las causas a las que los pre-

ceptos citados atribuyen el efecto de bloqueo de la regularización. Se trata, pues, de una excusa basada en la conducta.

Veamos los distintos argumentos que pueden sustentar la solución contraria o favorable a la extensión a terceros de la excusa.

El primer argumento en aras de la extendibilidad no es del todo concluyente y se basa en un criterio sistemático. El artículo 268.2 señala que «esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren del delito» (igual solución acogía el derogado art. 564, precedente del actual). En el resto de las excusas absolutorias no se contiene un pronunciamiento de esta naturaleza. De ahí cabría deducir que la regla general es la de la extensión a terceros de las excusas absolutorias salvo que la Ley indique lo contrario. Ahora bien, entre el supuesto del artículo 268 y el de los artículos 305, 307 y 308 que contemplamos se dan las diferencias ya señaladas. El artículo 268 recoge una excusa que existe antes de la comisión del delito, impide el nacimiento de la pena y se debe a circunstancias personales del autor. Por el contrario, la regularización de los artículos 305, 307 y 308 no existe antes de cometerse el delito sino que podrá o no darse después; no impide el nacimiento de la pena sino que levanta la ya nacida; y se debe a la conducta del sujeto y no a sus personales circunstancias. La diversidad de los supuestos impide llegar con total seguridad a la conclusión de que el legislador si nada dijo en los artículos 305 y ss., a diferencia del artículo 268, fue por querer la extensión a terceros. Ahora bien, en todo caso, el artículo 268 apoya más la solución le que la excusa absoluta de los artículos 305 y ss. (así como aquellas otras de su misma naturaleza, antes citadas) pueda extenderse o comunicarse a terceros.

El tenor literal del Código (e igualmente el de su precedente en esta materia: la LO 6/1995) aparece, en principio, como un argumento en aras de la no extensión a partícipes de la excusa absoluta. El artículo 305.4 (e igualmente los arts. 307.3 y 308.4), tras indicar en el párrafo 1.º que quedará exento «*el que regularice*» su situación tributaria, se refieren en el párrafo 2.º a que la exención de responsabilidad alcanzará igualmente «*a dicho sujeto*» por las irregularidades contables o falsedades instrumentales que «*el mismo*» pudiera haber cometido. De una simple lectura parece inferirse que el legislador ha querido que no se extienda el beneficio de la regularización a los terceros partícipes en el delito, sino que afecte solamente al deudor tributario.

Sin embargo, el tenor literal de los citados preceptos no puede llevar a tal entendimiento. Cuando el Código emplea las expresiones «el que», «dicho sujeto» o alguna otra similar, en algún precepto, eso

no excluye la posible participación de terceros en el hecho, lo que obliga a resolver sobre la comunicabilidad de los elementos del tipo a éstos.

La solución a la cuestión debe venir a través de la pauta interpretativa que señala la Exposición de Motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio, que introdujo en el derogado Código Penal (arts. 349.3 ss.) la excusa absolutoria de la regularización fiscal en términos similares a como ha pasado a los vigentes artículos 305 y ss. del Código de 1995. En su párrafo cuarto, al tratar de la regularización, indica: «Por lo que respecta a cuantas otras personas puedan resultar responsables de los delitos *se aplicarán las normas generales del Código Penal*, conforme al Título II del Libro I de este Código».

La interpretación sobre este problema pasa, pues, por la aplicación de las normas generales del Código. La excusa absolutoria de los artículos 305 y ss. se extenderá o no a los partícipes en atención a las reglas generales del Código, según las cuales, como ahora veremos, *la regularización no solamente afecta, y en todo caso, al deudor tributario, en tanto único sujeto con capacidad para regularizar, sino que se extenderá a los partícipes según que éstos hayan o no intervenido (desde el punto de vista de la acción penal y no de la tributaria) en tal conducta*. Tal tesis se extrae acudiendo a las siguientes normas generales del Código Penal:

1.º En los casos de desistimiento voluntario o de arrepentimiento activo, el nuevo Código Penal en su artículo 16.3, recogiendo el criterio que se ha venido hasta ahora aplicando durante la vigencia del Código anterior en virtud del principio de accesoriedad, señala que: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal *aquel o aquellos* que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta». Por tanto, se extiende la exención de responsabilidad derivada del desistimiento voluntario o del arrepentimiento activo a los terceros sólo cuando intervinieran en dicha conducta.

Aunque el desistimiento o arrepentimiento se producen antes de la consumación del delito, a diferencia de la regularización contemplada en los artículos 305 y ss. que se da una vez consumado el mismo y a los efectos de levantar la pena ya nacida, la pauta dada por el artículo 16.3 es también aplicable a los casos de regularización, al menos en su vertiente de no extensión de la exención a los terceros que se hayan opuesto a la regularización. Sería ilógico que la conducta des-

plegada tras la consumación (la de los arts. 305 ss.) tuviera mayores efectos (su extensión incondicionada a terceros) que la desplegada (desistimiento o arrepentimiento) en un momento anterior del *iter criminis*.

El argumento cobra mayor fuerza si se repara en el encuadramiento por algunos autores del desistimiento y del arrepentimiento activo entre las excusas absolutorias.

2.º Algún autor ha propugnado la aplicación analógica a las excusas absolutorias del artículo 65 del Código Penal, llegando así a entender que el supuesto del artículo 268 es una circunstancia personal o subjetiva sólo aplicable en quien concurre, mientras que las excusas de conducta (rebeldes, incendios, etc. y los casos de regularización) han de considerarse integradas en el artículo 65.2 siendo por ende comunicables a aquellos que tuvieren conocimiento de las mismas, entendiéndose por tal la prestación de su cooperación de alguna forma a tales conductas.

3.º Si se acude al examen de la accesoriedad en la participación nos encontramos con diferentes teorías que exigen la concurrencia de un mayor o menor número de elementos en la conducta del autor para que pueda condenarse al partícipe:

- accesoriedad mínima: para que pueda castigarse la participación basta que el hecho del autor sea típico.
- accesoriedad limitada: precisa que el hecho del autor sea típico y antijurídico para la condena del partícipe.
- accesoriedad máxima: reclama que el hecho del autor sea típico, antijurídico y culpable.
- hiperaccesoriedad: exige que el hecho del autor sea típico, antijurídico, culpable y punible.

Solamente acudiendo a esta última teoría podría extraerse la extensión de los efectos excusantes de la conducta regularizadora al tercero partícipe en el delito fiscal. Y ello no sin dificultades habida cuenta de que al consumarse el delito fiscal la conducta para el autor principal es típica, antijurídica, culpable y punible, desapareciendo dicha punibilidad posteriormente en base a la conducta de regularización.

Sin embargo, la teoría de la hiperaccesoriedad no puede ser sostenida. La doctrina dominante se inclina por la de la accesoriedad limitada según la cual es punible la participación en un hecho típico y antijurídico realizado por un autor no culpable.

La interpretación que se sostiene se ve reforzada con la cita del Auto del Tribunal Supremo de apertura del juicio oral en la Causa

Especial número 880/1991 (Caso Filesa), de fecha 22 de diciembre de 1995. El Auto señala «...es posible sostener que la eximente de pena contenida en el segundo párrafo del artículo 349.3 CP. (equivalente al art. 305.4 del vigente Código), debe ser entendida como una excusa objetiva y por lo tanto aplicable también al partícipe. No obstante, la exclusión de la punibilidad dependerá siempre de un *actus contrarius* del partícipe, pues el legislador, en verdad, la ha previsto para los supuestos de autodenuncia y reparación. No tendría sentido, por lo tanto, en el marco de una norma con esta finalidad beneficiar con la no punibilidad a quien nada hizo para la reparación de la ilicitud fiscal en la que colaboró».

V

Así enfocada la cuestión habrá que distinguir entre los siguientes supuestos:

1.º Cuando los partícipes en el delito hayan cooperado de alguna forma a la regularización, se verán favorecidos por la exención de responsabilidad.

Habida cuenta de que en la mayoría de los casos el deudor tributario puede regularizar por sí solo sin precisar del concurso del tercero partícipe, no puede exigirse una cooperación del tercero a la regularización calificable de necesaria para que surta efectos. La cooperación de los terceros en tal regularización ha de ser entendida de una forma amplia y en atención a las particulares circunstancias que concurren en cada caso. Bastará con que el tercero haya desplegado alguna conducta que permita o favorezca la regularización del deudor tributario. Se incluirán por tanto la inducción y el auxilio espiritual.

Cuando el deudor tributario sea una persona jurídica y se hubiera condenado por delito fiscal a alguna persona física responsable de aquella en aplicación del artículo 31, la regularización habrá de hacerse en nombre de la persona jurídica que es el verdadero deudor tributario, sin embargo, como quiera que la conducta regularizadora se ha de llevar a cabo necesariamente por personas físicas, el autor del delito se verá favorecido por la excusa absolutoria cuando actúe en la regularización en representación de la persona jurídica. Juega pues en la regularización el citado artículo 31.

2.º Cuando conste en la causa la existencia de algún tipo de acto del tercero tendente a conseguir que no regularice el deudor tributario, no le será aplicable a aquel la excusa absolutoria (sirva un ejem-

plo: si el deudor tributario es una S.A. y resultaron condenados los cinco miembros de su Consejo de Administración por delito fiscal, la regularización que luego se lleve a cabo por la S.A. no podría suponer la exención de pena a aquel Consejero que conste se hubiera opuesto en el seno de la S.A. al acuerdo de regularización, llegando a votar en contra de tal decisión).

3.º Surgen, sin embargo, algunos problemas que no presentan fácil respuesta y que derivan del hecho de que en la regularización basta por lo general el concurso del deudor tributario sin necesidad de que éste cuente para ello con el tercero partícipe en el delito fiscal.

En estos casos (tercero que, sin que conste su oposición a la regularización, la conoce una vez ya efectuada y producido el efecto de bloqueo que supone la iniciación de actuaciones administrativas o penales) deberán los Sres. Fiscales examinar las circunstancias del hecho concreto para valorar si la conducta del tercero en cuanto proclive a la regularización merece ser amparada por la excusa absolutoria o si pudiera serles de aplicación a los terceros la atenuante analógica del artículo 21 número 6.º en relación con el apartado 5.º del Código Penal, pudiendo en determinados casos llegar a apreciarse como muy cualificada, lo que permite la imposición de pena acorde con la naturaleza de su participación.

4.º Cuando se de el supuesto inverso al del apartado anterior (es decir, el tercero quiere la regularización y, sin embargo, ésta es obstaculizada por el deudor tributario) como quiera que la regularización no se ha producido no es posible la aplicación de la excusa absolutoria.

No obstante, conviene distinguir dos supuestos: primero, si el tercero llegara a confesar a las autoridades la infracción antes del inicio de las actuaciones procederá apreciarle la atenuante analógica del artículo 21 número 6 en relación con el apartado 5.º del Código Penal, como muy cualificada; segundo, si la confesión de la infracción a las autoridades administrativas o judiciales no se produce, pero sí constaran en la causa los frustrados intentos de lograr del deudor tributario la regularización, que sin embargo no se plasman al exterior en conducta alguna, cabría apreciar la atenuante analógica del artículo 21 número 6 en relación con el apartado 5.º del Código Penal, esta vez como simple y no como muy cualificada.

El caso concreto suscitado por la Fiscalía consultante deberá ser resuelto con arreglo a las pautas interpretativas que han quedado establecidas.

CONSULTA NÚMERO 5/1997, DE 24 DE FEBRERO, SOBRE EL LÍMITE TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I

La Ley Orgánica 10/1995 por la que se aprueba el nuevo Código Penal, ha abierto la puerta a numerosos interrogantes acerca del alcance interpretativo que haya de darse a algunos de sus preceptos. La dificultad se acrecienta en aquellos casos en que la duda afecta a aspectos de su renovado sistema penológico y de cuya solución dependerá buena parte de la filosofía aplicativa que postula el texto legal.

Una de esas cuestiones ha sido planteada por la Fiscalía consultante que, en razonado informe, transmite a esta Fiscalía General la duda acerca de cuál sea el límite que haya de darse al artículo 101.1 del CP, relativo a la duración máxima de la medida de internamiento. Este precepto —que encabeza la Sección 1.ª, *De las medidas privativas de libertad, del capítulo II, De la aplicación de las medidas de seguridad, del título IV, De las medidas de seguridad*— dispone en su apartado 1.0:

«Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia este límite máximo.»

Como puede deducirse de la simple lectura del precepto transcrito, el legislador ha querido, haciéndose eco de la Recomendación aprobada en tal sentido por el Defensor del Pueblo y de la doctrina latente en algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 112/88, de 8 de junio y 24/93, de 21 de febrero) romper con el modelo previgente y distanciarse de aquellos sistemas comparados que admiten la indeterminación temporal de la medida de internamiento.

La influencia de tales sistemas estuvo bien presente en el debate parlamentario, sugiriendo algunas voces la supresión lisa y llana del inciso limitador de la duración del internamiento. En esta línea de razonamiento, se argumentaba que «...un tratamiento médico, cuya finalidad es curar a un paciente, no puede estar sujeto a más límite temporal que el que aconseja la ciencia médica. Si se le fija un plazo, se corre un riesgo de hacer inútiles el tratamiento y el tiempo de internamiento fijado. El escrúpulo de que no debe durar el internamiento en un establecimiento médico más que la privación de libertad en un centro penitenciario se desvanece si se piensa que es muy distinto el régimen de uno y otro internamiento. Por tal escrúpulo, no podría internarse a enfermos mentales que no hubieran delinquido» (enmienda núm. 294, Grupo Parlamentario Popular). Tal filosofía alternativa, reiterada en otras enmiendas al texto del artículo 6, no fue finalmente aceptada por el legislador.

El problema interpretativo que cuestiona la Fiscalía consultante, surgido a raíz de la revisión de sentencias impuesta por la entrada en vigor del nuevo texto, tiene un alcance general que desborda el limitado marco jurídico en que se originó la duda. Para la Fiscalía que consulta, el límite cuantitativo que impone aquel precepto no puede ser coincidente con el señalado *in abstracto* para el delito imputado, sino que, por el contrario, habrá de fijarse atendiendo a la pena concreta que, en su caso, le habría correspondido al que resulta declarado inimputable. El razonamiento que militaría en favor de tal conclusión, transcrito literalmente en los términos sugeridos por la Fiscalía de Teruel, sería el siguiente: si la duración de la pena privativa de libertad impuesta a un partícipe declarado responsable de la comisión de un delito, está en función de las circunstancias concretas de cada caso (afectantes, por tanto, al grado de ejecución delictiva, a su grado de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes), ¿por qué entonces el límite máximo de duración del internamiento de un declarado exento de responsabilidad penal que ha participado en ese mismo hecho delictivo y en semejantes circunstancias de ejecución o participación, no va a poder ser fijado en función de dichas circunstancias concretas si, además, como se indica en el precepto, la única variable legislativa de la que va a depender tal duración máxima es la de la pena privativa de libertad que en tal caso podría haberle sido impuesta de haber sido declarado responsable penal? Esa medida de seguridad –prosigue el razonamiento– sería siempre susceptible de modificación y sustitución por cualquiera otra de las contenidas en el artículo 96 del CP, previo expediente contradictorio en los términos a que se refiere el artículo 97 del mismo texto penal.

La locución empleada por el legislador en el artículo 101.1 del CP. –repetida en los artículos 102 y 103– adquiere un signo distinto en el artículo 104. Este último precepto, en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, admite que el Juez o Tribunal pueda imponer, además de la pena correspondiente, alguna de las medidas de seguridad previstas con carácter general, si bien, «...*la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito*».

Para la Fiscalía consultante, no existiría obstáculo alguno para que, ante situaciones de tratamiento legislativo distinto (inimputabilidad e imputabilidad disminuida), el legislador deseara regular la duración de la medida de internamiento de modo específico, toda vez que, a diferencia de los casos de inimputabilidad en los que, ante la falta de este presupuesto de la culpabilidad el sujeto no responde penalmente, en los de semiimputabilidad, sí concurriría aquel presupuesto, si bien de forma disminuida, de suerte que el internamiento ya no respondería únicamente a criterios de proporcionalidad entre la peligrosidad del sujeto y la gravedad de la medida adoptada, como en el caso anterior, sino que también debería aportar –razona la Fiscalía de Teruel– una cierta dosis de aflictividad por aquella disminución de la culpabilidad.

II

Ciertamente la cuestión debatida admite distintos enfoques interpretativos, cada uno de los cuales con la consiguiente carga argumental. Sin embargo, en la búsqueda de una solución que encaje de forma armónica con el sistema de respuesta penal que ha querido diseñar la LO 10/1995, el entendimiento que postula un límite fijado *in abstracto* parece más acorde con el significado mismo de la inimputabilidad y con el fundamento de la medida de seguridad con la que trata de hacerse frente a aquélla. La existencia misma de una limitación cuantitativa que tome como referencia la pena privativa de libertad asociada al tipo de injusto, resulta de fácil justificación, en la medida en que la solución contraria supondría someter al inimputable a la añadida incertidumbre del *quantum* de su internamiento. El que ese tope cuantitativo lo proporcione la pena *in abstracto* es obligado si se repara en que sólo así los términos ponderativos se construyen de

forma respetuosa con el fundamento de la medida de seguridad. En efecto, cualquier intento de fijación *in concreto* de la duración de la pena para, a partir de ella, fijar la referencia cuantitativa, obligaría a un proceso de individualización que, por su propia naturaleza, es incompatible con la declaración de inimputabilidad. Y es que la falta de tal presupuesto de la culpabilidad introduce una quiebra en el esquema analítico del delito, vetando la posibilidad de descender hacia una solución dosimétrica que jamás resultaría real, por cuanto que habría de hacer abstracción del radical efecto excluyente que genera la afirmación de la inimputabilidad.

Conviene precisar, además, que la solución que se sugiere ha de extender su vigencia, tanto al supuesto de declaración de inimputabilidad (arts. 20.1, 2, 3 y 101.1, 102 y 103 CP) como a la hipótesis de semiimputabilidad (arts. 20.1, 2, 3 y 104 CP). En aquellas ocasiones en que la quiebra de la imputabilidad sólo adquiere el rango de eximente incompleta, el artículo 104 del CP admite la imposición conjunta de la pena y la medida de seguridad («...el Juez o Tribunal podrá imponer, *además de la pena* correspondiente...»), acomodando nuestra realidad legislativa al llamado sistema vicarial, en virtud del cual, la ejecución se inicia por la medida de seguridad y el tiempo transcurrido ha de imputarse al del cumplimiento de la pena impuesta (art. 99 CP). Nótese que en los supuestos a que se refiere el artículo 104, el Juez o Tribunal ha debido verificar un proceso de individualización de la pena que acompaña a la medida de seguridad. Sin embargo, pese a ello, el significado de la medida y su diferente fundamento respecto de la pena, determinarán que el *quantum* temporal de aquella no deba exceder de la pena *in abstracto* asociada al hecho ilícito, con independencia del resultado de la individualización llevado a cabo por el Tribunal. Con toda claridad parece indicarlo el mismo artículo 104 del CP cuando señala, respecto de la medida de internamiento, que «...su duración no podrá exceder de la de la pena *prevista por el Código para el delito*». La solución legal tiende a evitar que el estado de semiimputabilidad tenga mejor tratamiento que el de inimputabilidad plena, cuando lo cierto es que mientras la segunda de las situaciones representa una ausencia total de capacidad para captar el mensaje imperativo de la norma penal, en la primera de ellas ese mensaje motivador llega, aunque distorsionado, al sujeto activo.

Con independencia de la viabilidad de los argumentos expuestos —a los que no es ajeno un indudable apoyo normativo— las dudas se despejan de forma definitiva cuando se indaga el tratamiento legislativo de los principios a los que el nuevo texto penal condiciona la aplicabilidad de las medidas de seguridad. Además de proclamar respecto

de ellas el irrenunciable principio de legalidad (arts. 1.2, 2.1), así como la garantía de jurisdiccionalidad (art. 3.1) y de ejecución (art. 3.2), anuncia, sin margen para la duda, una formulación específica del fundamento legitimador de la medida –peligrosidad– y del principio que le sirve de límite –proporcionalidad–. Señala el artículo 6:

«1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.»

Como puede observarse, el precepto transcrito –cuya inclusión sistemática en el *Título Preliminar* le confiere un singular valor interpretativo– despeja las incertidumbres que puedan militar en favor de las distintas argumentaciones, pues ahí no se distingue entre unas u otras medidas de seguridad, ni del carácter completo o incompleto de la eximente que provoque su aplicación. Se impone un límite y éste viene predefinido en el tipo, con independencia de cualquier tentación individualizadora que, por efecto de la inimputabilidad –plena o semi-plena– carece de justificación.

III

Cuanto antecede sugiere las siguientes *conclusiones*:

a) La fijación de un límite cuantitativo *in abstracto*, que tome como referencia la pena genérica asociada al tipo de injusto, parece más acorde con el significado mismo de la imputabilidad y con el fundamento de la medida de seguridad como respuesta jurídica al hecho ilícito.

b) Todo intento de fijación *in concreto* de la duración de la pena para, a partir de ahí, precisar la referencia cuantitativa de la medida de seguridad, obligaría a un proceso de individualización vetado por la naturaleza de aquella, cuyo fundamento es indisociable de la propia declaración de inimputabilidad.

c) El verdadero alcance jurídico de los artículos 101.1, 102, 103 y 104 del Código Penal, no puede obtenerse al margen de lo prevenido en el artículo 6 del mismo texto penal, cuya inclusión en el *Título*

Preliminar le confiere un especial significado en la labor de exégesis, no advirtiéndose en su contenido un propósito legislativo de tratamiento diferenciado en función del carácter pleno o semipleno de la alteración de la imputabilidad.

CONSULTA NÚMERO 6/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE EL CRITERIO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS CIVILES DE INCAPACITACIÓN SEGUIDOS CONTRA QUIENES SE HALLAN INTERNOS EN UN ESTABLECIMIENTO PSIQUIÁTRICO-PENITENCIARIO EN CUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD DICTADA EN UN PROCESO PENAL

I

En extenso y razonado informe se eleva Consulta a esta Fiscalía General en relación con las dificultades interpretativas surgidas a la hora de definir el criterio determinante de la competencia territorial, en aquellos casos en que el Ministerio Fiscal solicite la incapacitación de quien, por razón de una previa condena penal, se halla interno en un establecimiento psiquiátrico penitenciario distante de su lugar de domicilio habitual. La discrepancia de criterio entre algunas Fiscalías de distintas Audiencias Provinciales, atribuye al tema cuestionado un interés relevante, máxime cuando la decisión que se adopte en relación con el interrogante inicial tendrá, a buen seguro, repercusiones inmediatas en previsibles casos futuros.

El supuesto de hecho que ha originado la duda se inicia con la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15 de junio de 1993, en la cual se acordó el internamiento del condenado en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Fontcalent –Alicante–, en aplicación de una medida de seguridad derivada de la apreciación de la eximente completa de enajenación mental en un delito de parricidio. Con fecha 30 de mayo del corriente año de 1996, una tía carnal del condenado –ajena al círculo de legitimados que se menciona en el artículo 202 del Código Civil– solicitó de la Fiscalía la tramitación de la demanda de incapacidad. La Fiscalía cuya sede es coincidente con la localización geográfica del establecimiento psiquiátrico en que el acusado se halla sometido a medida de seguridad, remi-

tió la documentación pertinente a la Fiscalía del domicilio del presunto incapaz, al estimar que era a aquella Fiscalía a la que correspondía la tramitación de la demanda, por imponerle así el artículo 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—, en relación con el artículo 40 del Código Civil —en adelante, CC—, pues en el antecedente de hecho primero de la sentencia condenatoria, dictada en su día por la Audiencia Provincial, se especificaba que el encausado tenía su domicilio en Barcelona. La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rehusó el expediente al estimar que el Juzgado con competencia territorial para el conocimiento de la demanda de incapacitación habría de estar situado en Alicante «... al encontrarse allí ingresado el enfermo, con independencia de dónde estuviera ubicado su domicilio con anterioridad a producirse el internamiento».

Los argumentos mediante los que la Fiscalía consultante persigue avalar su decisión contraria a la promoción de la correspondiente demanda —congruentemente sistematizados en el informe que da fundamento a la Consulta—, son de diverso signo, pudiendo exponerse de acuerdo con un triple esquema sistemático.

En primer lugar, se entiende que el artículo 63 núm. 1 de la LEC («en las demandas sobre estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado»), admite una lectura conforme a la cual no resultaría de aplicación al supuesto de hecho de que se trata. En efecto, razona la Fiscalía consultante que, pese a que el concepto de domicilio no es unívoco, el artículo 40 del CC, proporciona una definición legal, con arreglo a la cual, «... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este enunciado, cuyo verdadero alcance ha de tomar en consideración la referencia que proporcionan otras nociones, como la de residencia o, incluso, el paradero (p.ej. arts. 181 y 183 CC o 69 LEC), ha sido objeto de un prolijo tratamiento jurisprudencial que, además de acentuar la diferencia entre el concepto jurídico-civil de domicilio y la noción administrativa de residencia, ha oscilado entre la exigencia de un elemento subjetivo caracterizado por la voluntad de permanencia —*animus habitandi o animus manendi*— y la suficiencia de la idea más objetiva de habitualidad, con enraizamiento familiar y económico (SSTS 29.11.1940, 26.5.1944, 8.3.1983, 30.1.1993).

En suma, estima la Fiscalía consultante que, cualquiera que sea la orientación jurisprudencial que quiera destacarse —concepto de domicilio subjetivado por el elemento intencional o concepto de domicilio asociado a la simple idea de enraizamiento—, el espacio conceptual que abarca la noción de *domicilio*, tal y como lo describe el artículo 40 del

CC, no puede ser aplicable a un establecimiento psiquiátrico penitenciario como el que actualmente acoge al condenado. La razón que respaldaría esta ausencia de identificación entre una y otra realidad, vendría impuesta por el significado mismo de la estancia de aquél en el citado establecimiento. En él no se dan las notas de intencionalidad en la permanencia, ni –de aceptarse la propuesta objetivadora– la nota de enraizamiento. La situación en aquel establecimiento no es habitual, sino extraordinaria, además, ha sido impuesta coactivamente en aplicación de las normas penales excepcionantes de la regla general de elección de la residencia del artículo 19 CE y, en todo caso, es contingente, pues su permanencia, el cese de la medida o la reubicación del interno en otro centro, dependerá de la decisión del Tribunal sentenciador (art. 97 CP). Se trata, en fin, de una medida limitada en el tiempo y, por consiguiente, sin la más mínima posibilidad de fijación permanente de la estancia (art. 101 y disposición transitoria décima del CP).

A estas consideraciones habría que añadir el argumento que proporciona –desde la tesis que se defiende– la configuración normativa de los establecimientos psiquiátricos como centros de aplicación y cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad. Así, tales establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias no son sino unidades arquitectónicas, con entidad administrativa o funcional y con organización propia (arts. 10 y 183 del Reglamento Penitenciario). El ingreso en una de aquellas unidades viene impuesto por tratarse de un detenido o preso con patología psiquiátrica al objeto de su observación, para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta en sentencia o respecto de penados en que concurre enfermedad mental sobrevenida a los que el Tribunal sentenciador haya impuesto tal medida (art. 184 Reglamento Penitenciario). Basta una simple aproximación a tales principios informadores para concluir que nada de ello invita a reivindicar los conceptos jurídico-civiles de domicilio o residencia para calificar la estancia en alguna de aquellas unidades psiquiátricas.

No debe olvidarse –continúa el razonamiento de la Fiscalía consultante– que la actividad penitenciaria se orienta hacia el favorecimiento de vínculos sociales, de colaboración, de participación (art. 3 Reglamento Penitenciario), reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento y procurando que «... la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias correspondientes» (art. 191.2 Reglamento Penitenciario). De ahí que la estancia en alguno de aquellos establecimientos de funcionalidad

dad tan significada, no aspire a sustituir los verdaderos lazos familiares asociados al genuino y verdadero domicilio.

En segundo lugar, estima la Fiscalía consultante que, salvo los supuestos de urgencia –como los acaecidos a raíz de la entrada en vigor del nuevo Código Penal–, en los que la prevención de tales situaciones exigía una actuación decidida por la Fiscalía con sede en el ámbito geográfico del establecimiento psiquiátrico, no existen razones insubsanables que impidan la atribución competencial a los juzgados del verdadero domicilio del incapaz.

Incluso, podría resultar contrario a la naturaleza misma del internamiento la fijación anticipada de su procedencia cuando todavía se halla pendiente el cumplimiento de una medida de seguridad en el establecimiento psiquiátrico penitenciario. El internamiento, se razona, no es una medida de seguridad que, conforme al artículo 6 del CP se fundamente en la peligrosidad, sino que se trata de una indicación terapéutica cuya valoración no puede realizarse *a priori*, al margen de las razones y necesidades sanitarias del momento concreto en que aquél pueda llegar a tener operatividad. Se está hablando, en fin, de enfermos afectados de trastornos psíquicos respecto de los cuales el Juez no *ordena*, sino que se limita a autorizar el internamiento, con obligación de recabar información sobre la necesidad de su continuación, pues éste ha de cesar cuando desaparezca la necesidad terapéutica.

La necesidad del examen por el Juez y el Forense en el domicilio del enfermo, cuando éste se halla cumpliendo una medida de seguridad en un hospital psiquiátrico penitenciario, puede solventar todas sus dificultades mediante la aplicación del artículo 34 del Reglamento Penitenciario, así como de la normativa de traslados que recoge exhaustivamente la Instrucción 23/1994, de 26 de octubre, sobre normas de control de traslado de los internos, apartado 4 y la amplia regulación que le dedica el artículo 36.4 del renovado Reglamento Penitenciario. Pero, a juicio de la Fiscalía consultante, debe ponderarse la posibilidad de que el Tribunal sentenciador autorice, al amparo de los artículos 97 y 101 del CP el traslado al centro sanitario de la localidad en fechas previas a la del cese de la medida. Si la coordinación fuere óptima, se evitarían problemas de coordinación que, en no pocas ocasiones, son fuente de dificultades.

En tercer lugar, concluye la Fiscalía consultante, existen otras razones que justificarían el que la demanda de incapacitación fuera entablada por una Fiscalía distinta a aquélla en la que el establecimiento psiquiátrico penitenciario tiene su sede. Se pregunta la Fiscalía consultante el por qué la representación del Ministerio Fiscal

que en su momento formuló conclusiones provisionales, ha incumplido el mandato que le imponía el artículo 203 del CC, máxime cuando las anomalías psicológicas ya tenían cabida en la propuesta de calificación. En definitiva, es el Juez del verdadero domicilio —el preexistente a la decisión del internamiento como medida de seguridad el que conoce el *entorno físico* del incapaz, esto es, sus condiciones de vida, económicas, familiares ... etc. También se halla en posición de privilegio para valorar lo que la Fiscalía llama el entorno *institucional*, es decir, todo aquello afectante al historial asistencial del enfermo, en el que convergen diversas administraciones públicas, permitiendo elegir en mejores condiciones el lugar idóneo para su tratamiento asistencial. También se tomaría en consideración el entorno *jurídico*, esto es, todo lo afectante a la labor de defensores judiciales y tutores, que tienen particularidades específicas en cada Comunidad.

Concluye su razonamiento la Fiscalía que eleva consulta, invocando un argumento anclado en razones —no siempre desdeñables— de puro pragmatismo. En efecto, la asunción por la Fiscalía del lugar en que radica el establecimiento psiquiátrico-penitenciario de todas las demandas de incapacitación —se razona— podría colapsar el ordinario funcionamiento de los juzgados de aquella capital, haciendo surgir de forma inevitable la necesidad de creación de nuevos órganos jurisdiccionales, cuando la solución más lógica y no exenta de razones legales, podría consistir en la asunción «a pequeñas gotas» del problema entre todas las localidades de España.

II

La cuestión que aborda la presente consulta no es, desde luego, ajena a planteamientos anteriores que provocaron, en su día, la respuesta institucional de esta Fiscalía General. Ya la Circular 2/1984, *en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de los incapaces presuntos*, a la vista de la necesidad de unificación de criterios frente a las dificultades interpretativas que planteaba la vigencia de aquel precepto, concluyó que el Juez con competencia objetiva para el internamiento del presunto incapaz lo era el de Primera Instancia, correspondiendo la competencia territorial, entre los de su clase, al Juez del domicilio de aquél cuyo internamiento se pretendía. La propia Circular añadía: «... mas como puede suceder que no coincidan el lugar del domicilio del internado y el centro psiquiátrico en que se interna, creemos que el Juzgado correspondiente a este último será el

competente». Ello suponía avanzar una solución interpretativa que, sin embargo, no contemplaba el supuesto de hecho que ahora motiva la Consulta de la Fiscalía de Alicante, pues la hipótesis a que aludía la citada Circular estaba definida por la ausencia de cualquier género de internamiento, para cuyo logro, se acudía al procedimiento descrito por el artículo 211 del CC. Nótese, desde ahora, que la opción que propugnaba la Fiscalía General lo era en favor del Juez del lugar en que tuviera su sede el centro de internamiento, y ello pese a que, todavía, el presunto incapaz no vivía en aquél, pues la solicitud de internamiento buscaba precisamente la obtención de aquella medida terapéutica, a expensas de lo que luego pudiera acontecer en el procedimiento de incapacitación.

La Memoria correspondiente al año 1981 en el capítulo relativo a *Observaciones y estudios doctrinales sobre temas de interés y actualidad*, se hacía eco del criterio de la Fiscalía de Barcelona que, bajo el epígrafe «Internamientos, con particular referencia a los psiquiátricos», razonaba en los siguientes términos:

«En cuanto al problema de competencia, no hay fuero determinante, exclusivo y excluyente, por lo que rige, con carácter general, la norma del artículo 63, número 1 de la LEC, que defiende la competencia en favor del Juez del lugar del domicilio; esta regla, aplicable a las demandas de incapacidad, no parece serlo cuando se trata de un procedimiento de urgencia, en el que, en definitiva, lo que se solicita del Juez es que legalice una privación de libertad que se ha producido con anterioridad, por lo que parece más conforme con la necesaria inmediatez y urgencia del caso, que sea el Juez del lugar del internamiento el que reciba la notificación, practique la actividad probatoria mínima y resuelva, según el artículo 96 del Código Civil, que dice: sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regularán por la Ley de su residencia habitual.»

Buena prueba de la inagotada actualidad que el tema suscita, la proporciona la lectura de la *Memoria* del año 1995, entre cuyas *Observaciones de interés*, vuelve a hacer acto de presencia un estudio procedente de la Fiscalía de Baleares que, bajo el título «La competencia territorial en el artículo 211 del Código Civil», se reexamina algunos de los problemas que ahora centran la presente Consulta, concluyendo, tras descartar otras soluciones posibles, la competencia del Juez del lugar en que se halle el centro de internamiento.

Cierto es que el objeto de la Consulta que ahora se resuelve, no presenta una coincidencia sustancial con los temas abordados con anterioridad por la Fiscalía General. Sin embargo, su mención ya

autoriza una doble inferencia. De un lado, que se está analizando un problema de incuestionable vigencia y cuyas aristas alcanzan a más de una Fiscalía; de otra parte, que existe una singular coincidencia a la hora de afirmar una entre las diversas soluciones ponderables.

III

Constituye un presupuesto metódico irrenunciable, si se pretende evitar la dispersión conclusiva, analizar el supuesto de hecho que da vida a la Consulta planteada desde su genuina dimensión jurídica. Se está aludiendo, claro es, a la situación de un presunto incapaz –lo es en la medida en que una sentencia penal ha atribuido eficacia jurídica al trastorno esquizofrénico crónico que padece aquél– y que ha sido internado en aplicación de una medida de seguridad, cuyo régimen jurídico definen los artículos 20.1, 96.1.2.1 y 101 del renovado CP. El internamiento que actualmente afecta al presunto incapaz tiene su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada por la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1 CP). El Tribunal del orden jurisdiccional penal, llamado a dar una respuesta decisoria al hecho ilícito –no al grado de capacidad afirmable en el acusado–, ha estimado que del propio hecho y de las circunstancias personales del sujeto, puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2 CP). Estaríamos en presencia, pues, de un internamiento cuyo sustrato legitimante lo proporciona la idea de peligrosidad, ajena a la incidencia que el padecimiento psíquico puede llegar a desplegar en el orden jurídico-civil.

Como consecuencia de ese restringido y parcial significado jurídico del internamiento que padece el presunto incapaz, resulta obligado activar un procedimiento civil, que valorando el trastorno psíquico que sufre aquél, permita desembocar en una resolución jurisdiccional de naturaleza constitutiva y que declare la incapacitación del afectado. En definitiva, la acción se encamina a lograr una declaración judicial que, al tiempo que declare la incapacidad, determine la extensión y los límites de aquélla. Ello constituirá, a su vez, el instrumento jurídico idóneo para la fijación del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC). La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal –en ausencia o por inacción de aquellas personas a las que el artículo 202 del CC confiere legitimación–, justifica su procedencia desde una

óptica exclusivamente protectora, orientada hacia la puesta en marcha de una institución tuitiva, cuyo ámbito operativo vendrá determinado por la resolución judicial que declare la incapacidad.

Quiere con ello decirse que el proceso civil de incapacidad, que se dirigirá contra quien en la actualidad sufre un internamiento en aplicación de una medida de seguridad dictada en un proceso penal, es absolutamente independiente de la traducción jurídico-penal del trastorno psíquico que afecta al demandado y que ha conducido a la exención de responsabilidad. Al propio tiempo, tampoco se identifica en su *principalidad* con la medida de internamiento que antes, durante o después del proceso civil de incapacidad pudiera adoptarse por el Juez (arts. 211, 209 y 271.1.º del CC). La promoción de la demanda de incapacidad, en cumplimiento del deber institucional que incumbe al Fiscal (art. 203 CC y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico de 1981) busca proveer de un mecanismo jurídico de protección a la persona que padece una enfermedad o una deficiencia persistente de carácter físico o psíquico y que, como tal, es incapaz de gobernarse por sí misma (art. 200 CC).

Afirmada la sustantividad del procedimiento civil de incapacidad, toda inferencia que sea el resultado de la superposición analítica de las respectivas y variadas traducciones jurídicas del padecimiento psíquico, puede conducir a un desenlace conclusivo, cuando menos, inseguro.

IV

En principio, el Fiscal llamado a entablar demanda de incapacidad, tiene ante sí un enunciado normativo concluyente proporcionado por el artículo 63.1 de la LEC, conforme al cual: «en las demandas sobre el estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado». Los obstáculos surgen cuando se trata de definir lo que por domicilio deba entenderse. De nuevo un concepto legal proporciona una clave interpretativa que, pese a todo, no es definitiva. El artículo 40 del Código Civil reputa domicilio de las personas físicas, entendido éste como la sede física para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, «el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El examen del estado actual de la doctrina en la materia, pone de manifiesto que la noción sobre la que se apoya el concepto de domici-

lio –residencia habitual– tampoco provoca la unanimidad de los analistas. Las tendencias doctrinales más modernas, siguen exigiendo la nota de la voluntariedad, pues así parece desprenderse del significado constitucional del artículo 19.1 de la CE cuando afirma que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, sin descartar la posibilidad de un concepto jurídico-legal de domicilio, ajeno a cualquier presupuesto voluntarista. De acuerdo con tal idea, se ha distinguido entre un domicilio real o voluntario, enlazado con la idea de residencia habitual, entendida ésta como residencia normal y presumible para el futuro próximo, y un domicilio legal, establecido directamente por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual. Así acontecería en el supuesto de los diplomáticos a que se refiere el artículo 40.2 y algunos de los casos contemplados en los artículos 64 a 71 de la LEC.

No resulta suficiente para descartar las incógnitas, constatar el estado de opinión de la dogmática a la hora de caracterizar lo que por domicilio haya de entenderse. En efecto, el significado constitucional del domicilio como espacio físico e instrumental para el ejercicio de otros derechos de primer orden, no resulta sustancialmente coincidente con la estricta visión jurídico-civil que proclaman la LEC y el propio CC. De hecho, el concepto de domicilio que emplea el artículo 18.2 CE para garantizar la inviolabilidad, es un concepto más restrictivo que el utilizado por el artículo 19.1 CE, habiéndolo así interpretado el Tribunal Constitucional (SS. 110/1984, 26 de noviembre, 22/1984, 17 de febrero, Auto 171/1989, 3 de abril) y el Tribunal Supremo (S. 30.12.1992).

Llegados a este punto, la cuestión que da vida a la Consulta surge por sí sola: ¿puede estimarse como domicilio de quien es objeto de una medida de seguridad penal el establecimiento psiquiátrico-penitenciario en el que aquella se hace efectiva? Tiene razón la Fiscalía consultante cuando destaca el carácter obligatorio –impuesto en sentencia– de la presencia del presunto incapaz en el citado centro de internamiento. Tampoco son descartables sus razonamientos encaminados a resaltar que aquella situación es extraordinaria, contingente –artículo 97 CP–, limitada en el tiempo y, en todo caso, orientada a no provocar una inaceptable ruptura con el arraigo domiciliario y familiar de quien sufre aquella medida de seguridad. Sin embargo, limitar nuestra aproximación a la cuestión debatida a una simple constatación de las especificidades de la situación que afecta al presunto incapaz, conduciría a una solución parcial e insatisfactoria del problema planteado.

V

Las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia no tienen un sentido unidireccional. El Tribunal Supremo ha estimado, por ejemplo, tratándose de una demanda de incapacidad, que no tiene la consideración de verdadero domicilio, con arreglo al artículo 40 del CC, la residencia de la interesada en un Sanatorio de Nutrición, pendiente de su curación, pues aquélla «... no puede tener más que un carácter accidental y transitorio» (STS 27.4.1956). Sin embargo, ha entendido que el traslado del presunto incapaz, del lugar de su domicilio habitual, al de una prima que «... se ha hecho cargo de cuidarlo y atenderlo», desplaza en favor de este último el fuero idóneo para entablar la demanda de incapacitación (STS 1.7.1992).

En el terreno doctrinal algunos autores que se han ocupado del específico supuesto que nos ocupa, se han decantado en favor del lugar definido por la ubicación del establecimiento psiquiátrico, ello con fundamento en una interpretación extensiva y garantista de los correspondientes preceptos legales que –se razona– obligan a una subordinación de otras razones procesales en favor de un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Otros autores, por el contrario, estiman que la solución obliga a distinguir si la permanencia en ese establecimiento es accidental o transitoria o si, tan sólo, tiene vocación de permanencia y continuidad. En tales casos, el domicilio a tener en cuenta a efectos de delimitación de la competencia territorial sería el definido por la residencia habitual, sin perjuicio de que ese domicilio circunstancial pueda servir a otros efectos civiles, administrativos e, incluso, procesales (notificaciones, etc.). La simple estancia física de un sujeto en un determinado lugar –se concluye– no basta para considerar tal como domicilio.

Resulta fuera de duda que cualquiera que sea el criterio por el que se opte, éste no podrá perder de vista el significado constitucional de las normas que, en general, están llamadas a reglar la competencia. Su enlace con el derecho al Juez predeterminado por la ley ha sido insistentemente proclamado por el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, SSTC 75/1982, 13 de diciembre y 4/1990, 18 de enero). Con igual énfasis el Alto Tribunal ha destacado reiteradamente la importancia del régimen jurídico de las notificaciones, emplazamientos y, en general, los actos procesales de comunicación, pues sólo mediante su adecuada práctica pueden hacerse valer algunos de los principios estructurales –contradicción e igualdad– que informan el proceso civil (cfr. STC 21.11.1990).

VI

Al margen de la incuestionada sustantividad de la noción jurídica de domicilio, probablemente su verdadera dimensión instrumental represente el camino más seguro para la obtención de soluciones válidas. De acuerdo con tal idea, el auténtico reto conclusivo consistiría, no tanto en discernir si la permanencia en un establecimiento psiquiátrico colma las exigencias conceptuales del domicilio, sino en determinar en qué lugar el presunto incapaz se halla en mejores condiciones para hacer valer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuya trascendencia se hace, si cabe, más patente cuando se trata de un procedimiento afectante al estado civil y encaminado a la obtención de una sentencia de naturaleza constitutiva y, por ende, de radicales efectos en el ámbito de la personalidad del demandado. Se trataría, en suma, de despojar la polémica de cierto sesgo especulativo para situarla en el centro definido por la efectividad de los derechos fundamentales proclamados por el artículo 24 del texto constitucional.

La flexibilidad con la que la idea de domicilio ha sido caracterizada permitiría, incluso, el apoyo doctrinal para atribuir a esa estancia en el establecimiento psiquiátrico –tan singular en otros aspectos– una innegable proximidad al espacio conceptual abarcado por aquella idea. Y es que el domicilio –se ha dicho por algún autor– no es una simple situación física de una persona, sino que puede constituir una situación física condicionada, por sí o por las circunstancias. Esa distancia respecto de cualquier forma de rigidez en el entendimiento de la noción que determina el lugar de la competencia, está presente en numerosos pasajes de la LEC. Baste recordar cómo el artículo 69 prevé que en los casos en que esté señalado el domicilio para surtir fuero competente, «... los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen ...». Piénsese, por ejemplo, en la filosofía que late en el artículo 67 de la misma LEC, conforme al cual «el domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamente se considerarán domiciliados en el pueblo en el que vivieren más frecuentemente». Sin necesidad de recuperar la categoría histórica del *paradero*, resulta indudable que la permanencia en un establecimiento psiquiátrico, impuesta en ejecución de una medida de seguridad, no puede ser irrelevante para el derecho, sobre todo, si de hacer efectivo el principio procesal de contradicción se trata.

El examen de los supuestos citados pone de manifiesto que el sistema jurídico civil no puede encadenarse a un significado del domicilio definido por la rigidez conceptual, permaneciendo indiferente a una realidad de hecho —la estancia en un establecimiento psiquiátrico— que puede tomar vida con independencia de la voluntariedad que anima a quien vivencia aquella situación.

VII

Los argumentos ya expuestos, extraídos de una aproximación a nuestro panorama legislativo presidida por el carácter instrumental de la noción de domicilio, refuerzan su valor dialéctico si se repara en otro aspecto del proceso de incapacitación que nunca puede pasar desapercibido. Se alude, claro es, al importantísimo significado procesal que las leyes atribuyen al reconocimiento del presunto incapaz por el Juez que haya de conocer de la demanda de incapacitación. El artículo 208 del Código Civil obliga al Juez a oír a los ponentes más próximos del presunto incapaz y anuncia con incuestionable tono imperativo: «...examinará a éste por sí mismo». El reconocimiento del presunto incapaz se convierte así en una exigencia legal que, además, no admite omisión y que desaconseja la delegación en su cumplimiento. Tal reconocimiento ha de verificarse por el propio Juez. La claridad de la locución empleada por el legislador —*por sí mismo*—, si bien no puede interpretarse como una exclusión de cualquier fórmula de auxilio jurisdiccional, sí es cierto que refleja la voluntad legislativa orientada hacia una práctica procesal de tal reconocimiento inspirada en el principio de inmediación. El legislador quiere que el mismo Juez que de oficio puede decretar cuantas pruebas estime pertinentes —cfr. artículo 208—, disponga de la fructífera percepción que, en orden al enjuiciamiento de la incapacidad, proporciona ese reconocimiento personal del demandado. Quizás resulte ilustrativa la construcción gramatical del repetido artículo 208 del Código Civil, pues su lectura revela la cuidada redacción a la hora de resaltar aquello que el legislador ha querido que el Juez realice por sí mismo. Nótese cómo el precepto de que se trata, tras apuntar que «el Juez oír a los parientes más próximos del presunto incapaz», sin ningún añadido que refuerce la exigencia legal, concluye afirmando «examinará a éste por sí mismo».

Da la impresión de que el texto legal no reacciona en términos prohibitivos frente a la posible dejación funcional de la audiencia de los parientes y, en cambio, impone que el reconocimiento del pre-

sunto incapaz se realice desde la intermediación que proporciona la visión personal por el titular del órgano jurisdiccional competente.

La importancia de tal reconocimiento del presunto incapaz ha sido enfatizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, de forma reiterada, recuerda que el reconocimiento del presunto incapaz «... no puede catalogarse como trámite procesal sino como requisito de fondo» –STS 20.2.89– y que «... dados los términos del artículo 208, resulta evidente que el *Juez o Tribunal que declare la incapacidad* ha de (...) examinar por sí mismo al incapaz, norma que tiene un alcance constitucional, en cuanto afecta al derecho al desarrollo de la personalidad» –STS 12.6.89–, habiéndose declarado nulo el proceso en que no se haya cumplido con esa exigencia esencial, que no es una diligencia de investigación del proceso ni de reconocimiento judicial, sino factor de validez del proceso.

En definitiva, el mandato que el artículo 210 del Código Civil dirige al órgano jurisdiccional, encaminado a la fijación de la extensión y límites de la incapacitación, así como al régimen de tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapaz, obtiene un más adecuado cumplimiento cuando el reconocimiento se verifica al margen de fórmulas de auxilio jurisdiccional, cuya utilidad puede llegar a resultar perturbadora si de restringir la capacidad de obrar se trata.

VIII

La existencia de un internamiento que afecta al presunto incapaz, en ejecución de la medida de seguridad impuesta en un proceso penal, representa un dato que condiciona el análisis de los efectos derivables del proceso de incapacitación. De hecho, el informe de la Fiscalía consultante ya advierte sobre las posibles disfunciones que podrían ocasionarse en el espacio de tiempo definido entre el cese de aquella medida por alguna de las causas que legítimamente lo provocan (arts. 97, 101 y concordantes del Código Penal) y el inicio de un internamiento justificado por la declaración de incapacitación y, por consiguiente, atendiendo a razones distintas a las que explican la medida de seguridad.

Sin embargo, tal criterio analítico supone anticipar el contenido y, el alcance del proceso de incapacitación. Éste, por definición, se encamina a determinar en sentencia la extensión y los límites de la incapacitación que afecta al demandado, sometiendo al presunto incapaz a un específico régimen de tutela o guarda (art. 210 del Código Civil).

En la medida en que el destinatario de aquella institución protectora se halle internado por razón de su actual peligrosidad, el proceso civil no puede tener como objetivo inmediato *reduplicar* la procedencia de un internamiento de distinto significado y cuya vigencia futura como medida terapéutica todavía no puede ser objeto de ponderación. En definitiva, parece dudoso que el proceso civil dirigido a la incapacitación del demandado se justifique por el establecimiento de una *superposición* de resoluciones judiciales de internamiento, dictadas en distinto orden jurisdiccional y cuyo sustrato legitimador no debe ser de objeto valoración conjunta. Quiere con ello decirse que el fin del proceso de incapacitación y hacia el cual deben orientarse los esfuerzos institucionales del Ministerio Fiscal, viene definido por la obtención de una sentencia constitutiva que permita la designación de un tutor que, ejerciendo las funciones protectoras que el ordenamiento jurídico espera de él –artículo 263 Código Civil–, pueda hacer más llevadero el déficit jurídico de capacidad de obrar que afecta al demandado.

Una vez dictada sentencia de incapacitación por el órgano judicial y declarado el régimen tutelar del afectado –artículo 210 Código Civil–, una nueva situación jurídica comienza a desplegar sus efectos. El carácter constitutivo de tal resolución judicial representa la garantía necesaria para que el cese de la medida de seguridad que justificaba el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, no desemboque en un incierto interregno en el que el incapacitado pueda sustraerse a una indicación terapéutica de internamiento aconsejada por su singular estado, y ello con independencia de que ese internamiento haya dejado de estar aconsejado como medida de seguridad –artículo 97 Código Penal–. No puede olvidarse que tal riesgo es incompatible con el adecuado desempeño del cargo tutelar. El artículo 271 del Código Civil convierte al tutor en garante de que, si alguna vez la medida de internamiento va a resultar procedente, aquél instará la correspondiente autorización judicial. Al propio tiempo, sobre el tutor pesa un específico y trascendente cometido que, ejercitado adecuadamente, impedirá toda improvisación en cuanto al momento en el que articular la petición civil de internamiento, pues el artículo 269.4 del Código Civil señala entre las obligaciones particularmente exigibles al tutor la de «...informar al Juez anualmente sobre la situación del (...) incapacitado...».

En definitiva, de la misma manera que el ordenamiento jurídico civil hace del Fiscal el verdadero motor de la declaración judicial de incapacitación, la iniciativa para la adopción terapéutica del internamiento –una vez cesada la medida de seguridad impuesta por un

órgano de la jurisdicción penal— tiene como mejor aval al tutor designado para la protección del incapacitado.

IX

El examen de los argumentos jurídicos que militan en favor de cada una de las tesis defendibles, hace posible las siguientes conclusiones:

Primera.—La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal respecto de aquellos condenados que se hallen internos en un establecimiento psiquiátrico-penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad, lo será, siempre que las circunstancias del caso permitan un elemental pronóstico de relativa permanencia, ante el Juez de Primera Instancia en el que se halle radicado el citado centro.

Segunda.—Sin perjuicio de reconocer la validez de los razonamientos que con tanta congruencia y sistemática esgrime la Fiscalía consultante, la opción que se sugiere viene aconsejada por un doble orden de razones. De un lado, por cuanto que esa estancia obligada en un centro psiquiátrico-penitenciario, aun sin que sea predicable una sustancial identificación, tampoco es radicalmente incompatible con los conceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil maneja para la determinación de la competencia territorial, existiendo casos en los que el texto procesal traduce jurídicamente situaciones puramente transitorias, ajenas a toda idea de estabilidad y voluntariedad.

De otra parte, por cuanto que la jurisprudencia constitucional ha hecho de la histórica noción del domicilio un instrumento para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y, singularmente, el principio de contradicción y acceso a los Tribunales, sobre los que se construye la idea misma del proceso civil. De ahí que sea el lugar en el que se encuentra interno el condenado afecto por una medida de seguridad el que mayores garantías ofrece en orden a la vigencia de aquellas ideas rectoras del proceso de incapacitación.

Tercera.—Dictada sentencia de incapacitación y, en su caso, extinguida la medida de seguridad impuesta en proceso penal, es al tutor al que incumbe la iniciativa para el internamiento civil del incapaz y la dación de cuenta al órgano judicial de la situación de aquél —artículos 269.3 y 271 del Código Civil—. Esa condición de garante hace del tutor la mejor salvaguarda para eliminar el riesgo de disfunciones derivadas del distinto régimen al que responden una y otra medida de internamiento.

CONSULTA NÚMERO 7/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESOS PENALES POR LOS DELITOS DE CALUMNIAS E INJURIAS

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal (NCP) ha supuesto una importante modificación en el régimen de perseguibilidad de los delitos de calumnias e injurias.

El artículo 215.1 del NCP dispone:

«1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.»

En consecuencia, se han operado las siguientes modificaciones:

a) Los hechos que encajaban en el delito de desacato (regulado en los artículos 240 y ss. del derogado Código Penal –ACP–), cuya naturaleza era la de delito perseguible de oficio, se tipifican ahora en los delitos de injurias o calumnias de los artículos 208 y ss. NCR

Se transmuta así su naturaleza de delito público en la de delito semipúblico, pues los delitos de calumnias e injurias cometidos contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos precisan de la denuncia del ofendido a tenor del artículo 215.1 antes transcrito.

b) Fuera de tal supuesto de desacato, los delitos de injurias o calumnias en el ACP ostentaban una doble naturaleza:

– Delitos privados cuando se cometían contra particulares o contra autoridades o funcionarios respecto de hechos no relativos al ejercicio de sus cargos, siempre que no se hubieren producido por alguno de los medios a que se refería el artículo 3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En ellos se precisaba de la querrela del ofendido y no era parte el Ministerio Fiscal.

– Delitos semipúblicos cuando se cometían a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográ-

ficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 3 de la Ley 62/1978), siempre que se hubieren cometido por escrito y con publicidad a tenor del derogado artículo 463 ACR

Bastaba la denuncia del agraviado o de su representante legal y, una vez presentada la misma, el Fiscal intervenía como parte en el proceso penal incoado (en este sentido se pronunciaron la Consulta 2/1978 y la Circular 1/1979 de la Fiscalía General del Estado).

Ambos supuestos se configuran bajo la regulación del NCP como delitos de carácter privado que precisan para su persecución, a tenor del artículo 215.1, de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. El Ministerio Fiscal no es parte en tales procedimientos a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LECrim.

A la conceptualización de todos estos delitos como privados lleva la consideración, efectuada en el apartado VI de la Circular 2/1996 de esta Fiscalía General, de la derogación tácita del artículo 4 de la Ley 62/1978 en virtud del artículo 215 y de la Disposición Derogatoria única, apartado 2, del NCP. En dicha Circular se decía que el artículo 215.1, al hablar de la necesidad de querrela sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978. A tal solución se llega, además, si se repara en que el nuevo Código ha llevado a cabo una regulación completa y renovada de toda esta materia que, recogida en el artículo 215, ha supuesto la derogación de las especialidades contenidas en la Ley 62/1978.

Por tanto, en el NCP, los delitos de injurias o calumnias contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos se regulan como delitos semipúblicos, siendo el resto de las injurias o calumnias delitos privados. No obstante, debe reputarse vigente la especialidad contenida en el artículo 4 *in fine* de la Ley 62/1978 en lo referido a la innecesariedad del acto de conciliación cuando el delito se hubiere cometido con publicidad.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La cuestión que plantea la Fiscalía consultante, que parte de las anteriores consideraciones, es la siguiente: incoada con anterioridad a la vigencia del NCP una causa en virtud de querrela interpuesta por un particular contra el redactor de un periódico a consecuencia de un

artículo que consideraba injurioso y contra el Director del medio por un artículo de opinión sobre los mismos hechos, el Fiscal se mostró parte, al amparo del artículo 4 de la Ley 62/1978, formulando escrito de acusación provisional en términos distintos (acusando por injurias a uno de los querellados) a los del escrito de la acusación particular (que acusa a ambos de calumnias), suscitándose, dada la nueva regulación del artículo 215 del NCP que transforma el delito de semipúblico a privado, cuál haya de ser la postura del Ministerio Fiscal: si debe continuar interviniendo en el procedimiento por hallarse legitimado en el momento de incoación de la causa o si, por contra, debe retirarse de la misma al carecer de legitimación con arreglo a la nueva regulación de estos delitos.

III. PÉRDIDA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en tales procedimientos.

Parece difícil sostener que dicha pérdida de legitimación sobrevenida en el curso de un procedimiento ya entablado no afecte a la posición del Ministerio Fiscal personado en las actuaciones penales.

Desde el punto de vista estrictamente procesal la pérdida de la legitimación se regula incompleta y fragmentariamente en los artículos 9 de la LEC y 275 y ss. de la LECrim., que, en cierto modo, aunque referidos a supuestos distintos del que nos ocupa, admiten, en el curso de las actuaciones, la existencia de circunstancias o hechos variantes de la conformación de la legitimación activa tal y como se perfiló en el momento de la incoación del procedimiento. Existe, pues, apoyo legal a la posible variación en el curso del procedimiento de los postulados configuradores de la intervención activa de las partes y, por ende, también del Ministerio Público.

Desde el examen del elemento punibilidad, pues la legitimación activa aunque es una cuestión predominantemente procesal repercute también en la punibilidad, la admisión de la tesis de la *perpetuatio legitimationis* del Ministerio Fiscal pese al cambio legislativo de la naturaleza del delito podría suponer, en los casos en que el Ministerio Fiscal fuera la única acusación personada o la acusación más grave de

las existentes o con tesis heterogénea respecto de las restantes acusaciones, la condena por un delito y la imposición por el juzgador de una pena que no hubiere sido solicitada por ninguna de las personas –los perjudicados– a las que el legislador confiere exclusividad en la tutela penal del bien jurídico protegido por los delitos de injurias y calumnias en los casos que contemplamos.

En consecuencia, parece obligado que el Fiscal personado en algún procedimiento penal por delito público o semipúblico que haya transmutado su naturaleza en la de delito privado se aparte de la causa por carecer de legitimación activa para seguir interviniendo en la misma.

A esta conclusión lleva, además, el tenor del artículo 105 de la LECrim. En dicho precepto se confiere al Ministerio Público la obligación de ejercitar la acción penal, haya o no acusador particular, en determinados supuestos: en los delitos públicos siempre y en los delitos semipúblicos cuando se hubiera cumplido el requisito de la denuncia. Ahora bien, junto a tal obligación, el citado artículo 105 impone al Ministerio Fiscal, además, una prohibición o mandato de carácter imperativo al excluir de dicho ejercicio de la acción penal aquellas causas «que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada», es decir, las causas por los delitos de naturaleza privada. Dirige, pues, el legislador un mandato al Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción penal en los delitos privados.

Cuál sea el momento en el que se ejercita la acción penal es una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en la dogmática procesal. Sin entrar ahora en dicha polémica, que excede de lo que constituye el planteamiento y la finalidad de esta Consulta, parece evidente que el ejercicio de tal acción penal alcanza su máxima significación en el acto del juicio oral.

En consecuencia, aunque el Fiscal se hubiere personado en la causa o incluso formulado acusación provisional antes de la vigencia del NCP, la conversión de los delitos en privados a la fecha de entrada en vigor de dicho Código exige el apartamiento del Fiscal de la causa puesto que, en otro caso, ejercería en el acto del juicio oral la acusación contrariando el mandato del precitado artículo 105 de la LECrim.

Sólo aquellas causas que hubieren finalizado, por contar con sentencia firme, estarán excluidas del examen acerca de la legitimación activa del Fiscal. En las restantes, pendientes de juicio oral, el Ministerio Público deberá apartarse por pérdida sobrevenida de legitimación.

IV. CESE DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

La salida del Ministerio Público de las causas por delitos que el NCP ha convertido en delitos de naturaleza privada no puede efectuarse en cualquier forma, sino que deberá llevarse a cabo ordenadamente. Habrán de cumplirse determinados requisitos para evitar la indefensión de aquellos particulares que, sin haber renunciado a la acción penal o a la civil, hubieran dejado, por medio de la no personación en la causa, en manos del Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 110, párrafo 2.º de la LECrim., la persecución de tales conductas que en el momento de su comisión tenían la naturaleza de delitos públicos o semipúblicos.

Aplicando en forma analógica lo dispuesto en el artículo 276 de la LECrim., el Fiscal, al presentar su escrito de apartamiento de la causa por pérdida de legitimación al tratarse de un delito convertido en privado, deberá examinar si existe algún perjudicado por el delito que no se hallare personado en las actuaciones, y, en tal caso, instará del órgano judicial que dicte Auto teniendo por apartado al Ministerio Fiscal y concediendo a dicho perjudicado un plazo de treinta días para que pueda personarse en la causa.

CONSULTA NÚMERO 8/1997, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha remodelado el mapa jurídico de la protección de menores. La Ley, lejos de ser rupturista, trata de profundizar en una dirección iniciada con anterioridad perfeccionando los mecanismos jurídicos de protección de menores a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de la legislación de 1987. Al mismo tiempo realiza una proclamación formal de algunos de los derechos de los menores, desarrollándolos en sus aspectos de mayor repercusión práctica.

Como es natural dada la materia en la que incide, la ley afecta muy directamente a la actuación del Ministerio Fiscal que tiene en el campo de protección de menores un terreno básico donde llevar a cabo sus misiones constitucionales. Por tal motivo esta Fiscalía General no abandona su propósito de abordar de una forma general mediante una Circular o Instrucción toda la temática de protección de menores y en especial la generada con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996.

Mientras llega ese momento convenía responder anticipadamente a unas cuestiones puntuales que se han suscitado dando lugar a los temas de esta Consulta y que tienen un denominador común: todas ellas están relacionadas con las nuevas exigencias formales del documento en el que ha de plasmar el acogimiento familiar. En efecto, la Ley Orgánica 1/1996 modifica la institución del acogimiento familiar que, sin perder sus caracteres esenciales según la legislación de 1987, ni las líneas básicas de su forma de constitución, se ve diversificado en varias modalidades según su finalidad, tal y como aconsejaba la práctica, y, de otra parte, viene a ser reglamentado más detalladamente en su forma de constitución acogiéndose así en la legislación común con ciertas variaciones unas exigencias que ya se contemplaban en la normativa de algunas autonomías (por ejemplo, art. 28 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Cantabria; artículo 32 del Decreto 79/1995, de 18 de abril de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de Protección de Menores; artículo 48 de la Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; o artículo 18 de la Orden 175/1991, de 18 de marzo de desarrollo del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Madrid).

II. LAS NUEVAS EXIGENCIAS FORMALES DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El artículo 173.2 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se limitaba a exigir la formalización del acogimiento por escrito como requisito *ad solemnitatem* y a señalar los consentimientos necesarios, sin los que el acogimiento había de ser constituido judicialmente, La Disposición Final 6.^a de la

Ley Orgánica 1/1996 ha modificado ese precepto y en lo que aquí interesa ha marcado los contenidos del documento de formalización del acogimiento familiar que necesariamente ha de incluir los siguientes extremos:

- «1.º Los consentimientos necesarios.
- 2.º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
- 3.º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4.º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5.º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6.º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7.º Informe de los servicios de atención a menores.»

El documento con el contenido expresado debe ser remitido al Ministerio Fiscal por disposición expresa de este precepto en concordancia con la función de superior vigilancia que atribuye al Fiscal el artículo 174.1 del Código Civil.

Cuando el acogimiento ha de ser constituido judicialmente, también la propuesta de la Entidad Pública debe contener todas las menciones impuestas por el artículo 173.2 según dispone el apartado siguiente.

Cuando es el Fiscal el que promueve la constitución del acogimiento en virtud de las facultades que le otorga el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no lo especifique el artículo 173 del Código Civil que no contempla esa legitimación del Fiscal afirmada por la Ley Procesal, no será exigible con el mismo carácter la cumplimentación y mención de todos los datos enumerados en el artículo 173, aunque sí aquellos de los que el Fiscal pueda disponer.

En relación con el expresado contenido del documento de formalización del acogimiento se han planteado tres cuestiones con objeto de ser resueltas mediante Consulta:

- a) Forma de expresar el régimen de visitas por parte de la familia biológica del menor acogido.
- b) Alcance de la necesaria mención del régimen de cobertura de las posibles responsabilidades civiles.
- e) Momento de remisión del documento al Fiscal por parte de la Entidad Pública.

III. LA ESPECIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Explica la Fiscalía que eleva la consulta que en ocasiones en los documentos de formalización del acogimiento para cubrir la exigencia prevista en el artículo 173.2.3.º a) se hace constar una vaga alusión a la necesidad de pactar el régimen de visitas con la familia biológica, sin precisar ni concretar nada más y se pregunta si tal forma de actuar puede considerarse conforme con las exigencias del citado precepto y debe ser consentida por el Ministerio Fiscal.

A efectos de una adecuada respuesta es preciso distinguir si estamos ante un acogimiento administrativo o se trata de constituir un acogimiento judicial.

La primera hipótesis –acogimiento administrativo o convencional– es la más habitual. Su presupuesto es que exista consentimiento de los padres no privados de la patria potestad, si fueren conocidos, o, en su caso, del tutor. Si falta ese consentimiento no será posible la constitución del acogimiento sin intervención judicial. En esos casos, dada la situación fáctica en que nos encontramos, sería posible y normal que a tiempo que se consiente el acogimiento se acuerde con los referidos titulares de la patria potestad o con el tutor una periodicidad para las visitas que será la que se debe plasmar en el documento escrito por el que se formaliza el acogimiento. No parece aceptable diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Si el Fiscal al recibir los documentos de formalización del acogimiento comprueba omisiones en ese sentido debe exigir a la Entidad Pública la subsanación del defecto.

Si no se llegase a un acuerdo lo más probable es que los padres rechacen incluso la formalización del acogimiento, por lo que estaremos en el segundo supuesto a analizar. Y si se llegase al supuesto de conformidad con el acogimiento y disconformidad con la regulación del *ius visitandi* propuesta por la Entidad Pública o la familia acogedora, es claro que por disposición del artículo 161 del Código Civil sería necesario acudir al Juez quien tendría la última decisión al res-

pecto. En esos supuestos, que desde luego no serán frecuentes, el documento de formalización del acogimiento puede recoger las visitas propuestas, sin perjuicio de mencionarse la pendencia de resolución judicial definitiva sobre tal extremo dada la disconformidad de una de las partes en cuanto a las visitas.

Esa posibilidad –acuerdo respecto al acogimiento pero no respecto a la periodicidad de las visitas– junto con la hipótesis de que vigente ya el acogimiento se haga conveniente una modificación del régimen de visitas pueden hacer aconsejable una práctica que ya llevan a cabo algunas Entidades y que no es repudiable de forma alguna por respetar el mandato del artículo 173.2 del Código Civil: hacer figurar la regulación del régimen de visitas en un documento anexo de forma que pueda modificarse posteriormente sin necesidad de renovar todo el escrito de formalización del acogimiento. Obviamente esas modificaciones exigirán nuevamente el consentimiento o acuerdo de todas las partes implicadas. Faltando el consentimiento de los afectados será necesario acudir al órgano judicial competente para llegar a una limitación del *ius visitandi* de los titulares de la patria potestad (arts. 160 y, especialmente, 161 del Código Civil).

El acogimiento judicial, por contra, supone que los titulares de la patria potestad o el tutor no han consentido el acogimiento bien por no estar localizados, bien por haber rehusado comparecer, bien por haberse opuesto expresamente. En algunos de tales casos, ciertamente puede ser más problemática la fijación de la periodicidad de las visitas, especialmente cuando los padres no están en paradero conocido. Ello no excluye que en la Propuesta de la Entidad Pública se recojan las circunstancias que determinen la forma de ejercicio del *ius visitandi* durante la vigencia del acogimiento, pero serán admisibles todo tipo de fórmulas flexibles como una indicación genérica de la posibilidad de variar el régimen que inicialmente se fije de acuerdo con los padres.

Esta consideración es especialmente predicable cuando no existe conformidad de los padres tampoco en cuanto al régimen de visitas. En esos casos la Entidad Pública debe hacer figurar en su propuesta la periodicidad concreta de visitas que estima más adecuada en atención al interés del menor. Corresponderá en definitiva al Juzgador, al pronunciarse sobre el acogimiento, decidir igualmente, una vez haya oído en el expediente a los acogedores y a los padres (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre lo adecuado de esa propuesta que podrá modificar precisando definitivamente el régimen de visitas (art. 161 del Código Civil y disposición final 20.^a de la Ley Orgánica 1/1996).

Que no exista acuerdo previo, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad Pública refleje en su propuesta el régimen que considere adecuado, sin perjuicio, obviamente, de las facultades que tendrá el Juzgador para variar tal propuesta y sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir el régimen en virtud de acuerdos posteriores de todas las partes o nueva resolución judicial en su defecto.

No obstante si la Propuesta de la Entidad adolece de algún defecto en este punto al no señalarse de forma clara lo relativo a la concreción de las relaciones del menor acogido con su familia de origen, la incorrección podrá subsanarse durante el propio trámite procesal requiriendo a tal fin a la Entidad, o en definitiva, podrá suplirse mediante la correspondiente decisión judicial en el auto de constitución del acogimiento sobre la regulación del *ius visitandi*.

IV. LA CLÁUSULA RELATIVA AL SISTEMA DE COBERTURA DE POSIBLES RESPONSABILIDADES CIVILES

La letra b) del apartado 3.º del num. 2 del artículo 173 se refiere igualmente a la fijación en el documento de formalización del acogimiento del «sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros». La Fiscalía consultante cuestiona que la genérica remisión a las normas legales de aplicación a tales responsabilidades civiles sea suficiente para entender cumplimentada esa exigencia legal.

Ha de entenderse, sin embargo, que la disposición citada ni sirve para imponer una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir esos eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de responsabilidad civil que se deduce de las normas generales del Código Civil y del Código Penal. Así se desprende de forma mucho más clara de la redacción originaria del Proyecto de Ley que hablaba de «posibles sistemas de cobertura» y al final del inciso introducía el inciso «*en su caso*», con lo que se resaltaba más enfáticamente la naturaleza puramente formal de estas menciones.

En consecuencia será totalmente lícito y respetable que el documento se limite a remitirse a lo que resulte de la Ley sobre tales extremos. Si la Entidad Pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar. Pero eso no significa que el acogimiento exija como requisito ni la existencia de

esa póliza ni pactos particulares en orden a la cobertura de las responsabilidades civiles.

Si no existe nada expresamente pactado en el documento, la remisión a la normativa general atraerá la aplicación de los correspondientes preceptos del ordenamiento jurídico: normalmente, artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Si se trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Entidad Pública o ambas solidariamente según cada supuesto, sin que sea ahora momento de entrar en la discutida cuestión del título en virtud del cual respondería cada uno: basta consignar aquí que aunque en la literalidad del artículo 1.903 del Código Civil no encajan estos supuestos, la doctrina no vacila en afirmar la posible responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad Pública por los daños causados por el menor basándola tanto en una posible interpretación extensiva del artículo 1.903, como en el propio artículo 1.902. El desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que imponía el antiguo artículo 172.3 a la Entidad Pública y que subsiste en la nueva regulación por más que no haya una mención tan expresa (art. 173.2.º 4) fundamentan esa posible responsabilidad doble, sin perjuicio de las matizaciones que deban hacerse en cada caso para llegar a una concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

Si estamos ante daños causados al menor igualmente el artículo 1.902 puede determinar en algunos casos la responsabilidad patrimonial tanto de los acogedores como de la misma Entidad Pública cuya responsabilidad, de otra parte, es expresamente recordada por el artículo 174.3 del Código Civil. E igualmente no será desechable en algunos casos la aplicación de lo dispuesto en los artículos 220 y 306 del Código Civil, sin olvidar la vía abierta a través del artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero no es este el momento de adentrarse en el estudio exhaustivo del régimen de responsabilidad civil en los casos de acogimiento. Son suficientes esos brevísimos apuntes para llegar a lo que es objeto (directo de la consulta: la remisión genérica a ese régimen legal sin pretensión de modificación alguna y sin haberse concertado sistemas especiales de cobertura es suficiente para entender cumplimentada la exigencia contenida en el artículo 173.2.3.º b) de la que no puede deducirse otro alcance sustantivo. El precepto no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino sencillamente que se consignen en el documento de formalización del acogimiento, de existir, los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los

hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. No se trata por tanto de señalar *a priori* mediante pactos quién deberá responder civilmente, cuestión que se decidirá en su momento con arreglo a lo dispuesto en la normativa del Código Civil en atención a las circunstancias del caso concreto, sino tan solo de constatar la existencia o no de seguros y en su caso eventuales pactos para hacer frente a las hipotéticas responsabilidades pecuniarias. Esos posibles pactos en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de todas las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor (a modo de una asunción de deuda futura), y que no tendrían eficacia más que inter partes por carecer de aptitud para alterar el régimen legal frente a terceros, deberán consignarse si se han concertado, pero no es necesario que se realicen.

V. MOMENTO IDÓNEO PARA LA REMISIÓN DEL DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO AL MINISTERIO FISCAL

Un último punto es suscitado en relación con el documento de formalización del acogimiento: el momento adecuado para su remisión al Fiscal que impone el inciso final del artículo 173.2 que se está analizando, cuando el acogimiento no puede formalizarse en vía administrativa y ha de acudir a la intervención judicial.

La Fiscalía que eleva la consulta considera que, en contra de la práctica que se ha impuesto en algún territorio, sería deseable que el documento se remita al Fiscal con anterioridad a la presentación de la Propuesta ante el órgano judicial competente. De esa forma, se argumenta, el Fiscal habrá podido requerir a la Entidad Pública para que subsane posibles defectos y conocerá ya del asunto antes de su conocimiento a través del Juzgado de 1.ª Instancia correspondiente.

Para dar contestación a este último punto es preciso distinguir dos planos: el de la estricta legalidad y el de la conveniencia.

En el terreno de la estricta legalidad el artículo 173.2 en su inciso final alcanza en rigor exclusivamente a los acogimientos administrativos, pues solo en esos casos se puede hablar propiamente de *documento de formalización del acogimiento*. En las hipótesis de necesaria intervención judicial por faltar el consentimiento de los padres no privados de la patria potestad o tutor la formalización del acogimiento no se produce más que a través de la resolución judicial con forma de Auto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Antes sólo existirá una pro-

puesta de la Entidad Pública por más que el contenido de ésta deba ser paralelo al establecido para los documentos de formalización de los acogimientos administrativos, como ya se explicó antes. A esas propuestas no alcanza la obligación de remisión al Ministerio Fiscal establecida por el inciso final del artículo 173.2 de forma en todo caso redundante pues ya está explicitada en el artículo 174.2 del Código Civil. El Ministerio Fiscal en todo caso tendrá conocimiento de la propuesta al tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 1.815 y 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en cuyo seno podrá hacer las observaciones que considere procedentes, promover alguna modificación respecto de los términos de la propuesta o requerir a la Entidad instante para que subsane alguna omisión o defecto en la propuesta.

Pero si en el plano de la legalidad no se puede afirmar la obligación de esa comunicación al Fiscal antes de que la Entidad Pública promueva el expediente judicial de acogimiento, nada la impide máxime en el entorno de colaboración y necesaria coordinación que ha de regir las relaciones entre las distintas instituciones implicadas en materia de protección de menores, como lo son muy significadamente el Ministerio Fiscal y las Entidades Públicas competentes, sin perjuicio del respeto a sus respectivos ámbitos de autonomía y competencias. Esa necesaria colaboración imprescindible para el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de su función de superior vigilancia proclamada por el artículo 174.1 del Código Civil y reiterada en algunas de las normas autonómicas, puede aconsejar en algunos casos el conocimiento previo de la propuesta de acogimiento judicial que va a formular la Entidad pública. Pero de cualquier forma, hay que reiterar que la vigente legislación no impone esa comunicación previa que además en otros casos no será ni siquiera conveniente si tan solo va a ser fuente de dilaciones y el Fiscal en todo caso va a conocer la propuesta y formular todas las observaciones que considere procedentes en el expediente judicial. En cada territorio y según las circunstancias se establecerán en consecuencia de acuerdo con estos criterios generales las formas de actuación concreta.

CONCLUSIONES

1.^a En el documento de formalización del acogimiento deberá hacerse constar el régimen de visitas por parte de la familia del menor, sin perjuicio de que en caso de desacuerdo la decisión última al respecto corresponda al órgano judicial.

2.^a Es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito formal, hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor con una remisión genérica al régimen legal. Tan solo cuando existan otros mecanismos de cobertura —como un seguro concertado— o pactos o compromisos específicos y con fuerza exclusiva entre las partes, deberán consignarse.

3.^a La ley no impone, aunque tampoco lo excluye y en algunos casos pudiera ser conveniente, que la Entidad Pública remita al Ministerio Fiscal la propuesta de acogimiento judicial antes de su presentación ante el órgano jurisdiccional.

CONSULTA NÚMERO 9/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE REINCIDENCIA Y DELITOS DE ROBO

I

La cuestión objeto de consulta tiene una repercusión práctica fuera de duda, tanto por la frecuencia con que se presenta el supuesto analizado como por las nada desdeñables consecuencias penológicas que van a derivarse del criterio que se sostenga.

El interrogante formulado presenta un sencillo enunciado: la previa condena por un delito de robo con fuerza en las cosas, ¿sirve de fundamento para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de robo con violencia o intimidación? La cuestión ha de extenderse lógicamente a la pregunta inversa.

La respuesta exige una cuidadosa valoración de los distintos argumentos que pueden manejarse en favor de una u otra solución. La dificultad —casi imposibilidad— de hallar una solución plenamente satisfactoria y que concite la unánime adhesión se intuye al constatar cómo en la Fiscalía Consultante las dos posiciones antagónicas han encontrado igual respaldo; y se acredita definitivamente comprobando la solidez de los argumentos que sirven de apoyo a cada una de las posturas. Y es que, como en muchas otras materias, también en lo relativo a la reincidencia el Código Penal de 1995 presenta aspectos en que la ambigüedad —a veces deliberada— obliga a diferir a ulteriores decisiones jurisprudenciales los perfiles o fronteras de uno u otro precepto o de determinadas instituciones penales.

II

La historia de la agravante de reincidencia en los años posteriores a la Constitución es la crónica de una paulatina restricción. La supresión de la multirreincidencia; la abolición tanto de los tipos delictivos configurados sobre la base de previas condenas por falta como de aquellos otros en que los delitos anteriormente sentenciados determinaban una exasperación penal; la unificación de las dos modalidades de reincidencia; la progresiva flexibilización en materia de cancelación de antecedentes penales; son algunas muestras de ese proceso evolutivo que culmina con la regulación que da a la reincidencia el Código Penal de 1995.

A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, se han considerado superadas las doctrinas que sostenían la incompatibilidad de semejante agravación con los principios constitucionales y que llegaron a provocar cierto eco en alguna jurisprudencia. La agravación, que era expulsada del ordenamiento en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, reaparece en el Proyecto de Código Penal de 1992, aunque sin ser concebida propiamente como una agravante.

En el Proyecto de 1994 recobra su condición de circunstancia genérica de agravación atendándose a las observaciones que al respecto había realizado el Consejo General del Poder Judicial. En tal proyecto, precedente inmediato del vigente Código Penal, la reincidencia seguía manteniendo una doble vertiente, tradicional en nuestro derecho: la específica que venía determinada por la condena previa por delito comprendido en el mismo capítulo siempre que fuese de la misma naturaleza; y la genérica para cuya concurrencia se exigía la condena por delito castigado con pena igual o superior o por varios delitos castigados con pena inferior (art. 21 .9.^a). Frente a la última redacción del artículo 10.15 del Código Penal (texto refundido de 1973), las modificaciones eran mínimas y se reducían a exigir para la reincidencia específica junto al criterio sistemático, otro material: la identidad de naturaleza.

La tramitación parlamentaria arrojaría innovaciones de trascendencia en el precepto. En el texto definitivo ha desaparecido la reincidencia genérica. Posiblemente para compensar esa reducción del radio de acción de esta agravante se ha flexibilizado la reincidencia específica. Ya no es requisito imprescindible la ubicación sistemática de ambos delitos en el mismo capítulo: es suficiente que se acomoden en el mismo Título.

La apreciación de la agravante de reincidencia exige en el Código Penal de 1995, en lo que respecta al carácter de la previa condena, además del resto de requisitos —ejecutoriedad, no cancelación o cancelabilidad del antecedente...— un doble presupuesto cumulativo:

a) Uno de carácter sistemático formal: que la condena lo sea por delito comprendido en el mismo Título del Código Penal (lo que plantea el problema de la reincidencia en los delitos regulados por leyes especiales).

b) Otro, de carácter material y valorativo: que el delito tenga identidad de naturaleza con la infracción por la que se condenó previamente.

Al diseñar los rasgos legales de la reincidencia específica el legislador puede optar por dos sistemas que presentan cada uno sus ventajas e inconvenientes.

Acudir a un criterio formal sistemático de modo que se aprecie reincidencia específica siempre y sólo cuando el nuevo delito comparta una misma ubicación sistemática con la infracción anterior. La total certeza y nitidez de esta forma de delimitación con el consiguiente incremento de seguridad jurídica son el principal aliado de esta técnica legislativa. Y su más señalado defecto la arbitrariedad que a veces acompaña la distribución sistemática de las distintas infracciones, reparto que no siempre responde a criterios asumibles y ordenados. Con cierta facilidad se pueden encontrar en un mismo Título o incluso capítulo infracciones que tienen una relación entre sí muy tenue (piénsese en algunos de los delitos contra la Salud Pública o en éstos y los delitos contra la Seguridad del Tráfico; o dentro de éstos últimos en el delito del art. 380). Y también es frecuente hallar delitos que, aún estando dispersos en zonas distintas del Código Penal, guardan entre sí un estrechísimo parentesco (calumnia y acusación y denuncia falsa; delitos de falsedad de los arts. 393 y 461). Mediante esta técnica, por tanto, se alcanza una mayor seguridad jurídica pero pagando un importante tributo: la posibilidad de conducir en algunos casos a soluciones nada satisfactorias, cuando no pintorescas. Desde esta perspectiva el criterio es algo tosco y así lo han subrayado muchas críticas doctrinales. En palabras de un clásico tratadista, «lo que se gana en fijeza y claridad, se pierde en razón y justicia». Se parte de una confianza desmesurada en los criterios sistemáticos del legislador que se convierten en algo con trascendencia normativa: la tarea de agrupar las distintas infracciones será mucho más que una mera cuestión de elegancia metódica.

El otro sistema renuncia a la certeza en aras de una mayor congruencia y dando unos criterios más genéricos y menos automáticos –identidad o semejanza de naturaleza– confía al arbitrio judicial la decisión última necesariamente impregnada de valoraciones.

El legislador de 1995 ha combinado ambos sistemas y partiendo del criterio puramente formal o sistemático lo mitiga introduciendo la necesidad de que además de compartir el mismo rubro en la ordenación legal, las dos infracciones participen de la «misma naturaleza». La ubicación sistemática de las dos infracciones introduce un factor de certeza en la apreciación de la agravante de reincidencia: aunque es cierto que habrá delitos de idéntica naturaleza no agrupados sistemáticamente y de los que materialmente pueda afirmarse la idéntica naturaleza, se ha considerado que la reincidencia debía tener unos mínimos límites fijos para no dar excesiva cabida al arbitrio judicial en materia de agravantes. Pero junto a ello y queriéndose evitar que sirvan de base de la reincidencia una infracción sin más relación con la nuevamente cometida que la sistemática, se ha introducido como factor de corrección la exigencia de la identidad de naturaleza.

La formulación legal cuenta con precedentes en nuestro Derecho. La Ley de 24 de diciembre de 1962 de uso y circulación de vehículos de motor en su artículo 11 habló ya de «igualdad de naturaleza» de los delitos como presupuesto para la reincidencia. Y el antiguo artículo 530 se refería a los reincidentes «en el mismo o semejante especie de delito», fórmula que tomaron prestada los redactores del Proyecto de Código Penal de 1980 y que había figurado antes en el Código de 1848-50.

Ciertamente la expresión legal –«misma naturaleza»– es imprecisa, pero tampoco es tarea fácil introducir mayores concreciones en un texto legal y se hace inevitable en cada supuesto llegar a soluciones particularizadas. Junto a casos en que con gran claridad y de forma inmediata se llega a la afirmación de la identidad de naturaleza (calumnia e injuria, por ejemplo) o a su negación (en general, las modalidades culposas frente a las dolosas); hay muchos otros supuestos dudosos entre los que se cuenta el que ha motivado la Consulta.

Alguna referencia de derecho comparado confirma la dificultad de precisar más. Así el Código Penal Italiano habla de delitos «de la misma índole», añadiendo una interpretación legal que pretende servir de orientación pero que tampoco resuelve mucho más al establecer que se considerarán de la misma índole «no sólo aquellos que violan una misma disposición de la ley, sino también aquellos que, aún estando previstos en disposiciones diversas de este Código o bien en leyes diversas, sin embargo, por la naturaleza de los hechos que los

constituyen o de los motivos que los determinaron, presentan en los casos concretos, caracteres fundamentalmente comunes».

III

¿Tienen los delitos de robo con fuerza en las cosas la misma naturaleza que los delitos de robo con violencia a los efectos de la agravante de reincidencia? El razonado e inteligente desarrollo que se hace por la Fiscalía consultante acaba inclinándose por la respuesta negativa arguyendo una serie de motivos de indudable peso que se reproducen a continuación y cuyo telón de fondo es la necesidad de interpretar restrictivamente las normas penales y entre ellas las circunstancias de agravación.

a) La identidad de naturaleza alude en primer lugar a la igualdad de objeto de tutela jurídica. Desde esta inicial perspectiva el objeto primario de tutela en ambos tipos penales es idéntico —el patrimonio—. Pero la Fiscalía consultante considera que no basta esa apresurada estimación pues en el robo con violencia o intimidación aparecen otros bienes jurídicos comprometidos como es la libertad, ausentes en los delitos de robo con fuerza. Además, el criterio del bien jurídico —se apunta— puede ser insuficiente en la medida en que resultaría tautológico con el otro presupuesto —inclusión en el mismo Título del Código Penal—. También los autores que toman como primer indicador de la homogeneidad de naturaleza la identidad de bien jurídico protegido se apresuran a establecer otros correctivos y matizaciones, negando que ese único criterio sea definitivo.

b) En otro orden de cosas y de acuerdo con alguna ilustre propuesta interpretativa, si se parte del concepto de homogeneidad construido en torno al artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tendríamos que negar la equivalencia de naturaleza entre ambas variedades de los delitos de robo pues la igualdad de bien jurídico no corre pareja a una semejanza fáctica que impida hablar de mutación sustancial del hecho, según la terminología legal.

c) La imposibilidad tantas veces recalcada por la jurisprudencia de agrupar en un mismo delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación con delitos de robo con fuerza es invocada también como argumento que alentaría la posición contraria a hablar de identidad de naturaleza a efectos de reincidencia entre ambas modalidades de robo.

d) En el terreno del derecho positivo la disposición transitoria 7.^a se erige en otro importante argumento al emanar de la misma un criterio interpretativo explícitamente asumido por el legislador:

«A efectos de apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análogo denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.»

Para el legislador de 1995 y a efectos de régimen transitorio no basta ni la identidad de bien jurídico protegido, ni la analogía en el *nomen* para afirmar la reincidencia, es necesaria también una similitud en los modos de agresión. Y esa semejanza no concurre en las dos modalidades básicas de robo: en una se utiliza la fuerza en las cosas y en la otra la compulsión sobre las personas.

e) Por fin se considera en el planteamiento de la Consulta que los criterios de estricta dogmática penal pueden no ser suficientes para resolver esta cuestión técnica y se revela como buen método complementario dejar que entre el «aire fresco y esclarecedor de la Criminología» que establezca puentes de comunicación entre la dogmática y la vida cotidiana, y que permita interpretar la expresión «misma naturaleza» también con pautas axiológicas extraídas de valoraciones sociales. Desde esos parámetros es claro que ni el perfil del delincuente, ni la peligrosidad concreta de la conducta permiten equiparar las dos modalidades clásicas de robo. Se arguye como apoyo de esa desconexión conceptual el escaso número de supuestos en que lo que comienza siendo un robo con fuerza se muta en robo con violencia o intimidación.

IV

No se puede negar la solidez de los argumentos expuestos, pero de cualquier forma, aún reconociéndose que se trata de un tema que encierra unas enormes dosis valorativas que permiten considerar defendible las dos posturas, se considera que encierran mayor poder de convicción y se ajustan mejor al derecho positivo vigente las razones que abogan por afirmar la identidad de naturaleza entre las distintas formas comisivas del tipo único de robo y sostener en consecuencia que la condena previa por un delito de robo, sea cual sea su clase, será presupuesto suficiente para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de la misma especie.

a) La identidad de bien jurídico protegido es un dato desde luego clave. Es evidente que aunque exista igualdad de bien jurídico entre dos tipos, si están regulados en Títulos distintos (por ejemplo: malversación y apropiación indebida o hurto de bienes públicos; falsedad electoral y falsedad común...), existirá una barrera legal infranqueable para apreciar la reincidencia. Pero desde la premisa contraria, constatada la regulación en un mismo Título del Código Penal el siguiente paso para llegar a conclusiones sobre la reincidencia será indagar si el objeto de tutela jurídica es el mismo, lo que muchas veces no sucederá. Afirmada la identidad de bien jurídico, el juicio ponderativo habrá de concluir la existencia de reincidencia: el dato básico para afirmar la identidad de naturaleza de dos infracciones es su objeto de tutela. Este sirve para definir su elemento nuclear, su esencia. No significa ello que la homogeneidad de bien jurídico protegido deba llevar ya inexorablemente a afirmar la equivalencia de naturaleza a efectos de reincidencia: es necesario introducir algunos correctivos (piénsese en las modalidades culposa y dolosa entre las que, en principio, habrá que negar la identidad de naturaleza).

Las dos modalidades del delito de robo tienen un mismo bien jurídico protegido: el patrimonio. Que en el delito de robo con violencia aparezcan en un lugar secundario otros intereses tutelados como la libertad o el sentimiento de seguridad no ensombrece para nada esa primera afirmación, y menos en el Código Penal de 1995 en que esos otros bienes jurídicos que determinan la pluriofensividad del delito de robo con violencia o intimidación se han difuminado en gran medida al haber abandonado el legislador la técnica de los complejos delictivos (art. 501 del Código derogado) en favor del concurso de infracciones.

Podría en este punto optarse por una tesis intermedia que afirmase la reincidencia cuando todos los bienes jurídicos protegidos por el delito precedente estuviesen también amparados por el delito posterior pero no al revés. De esta forma un delito de robo con violencia serviría de base para aplicar la reincidencia en el posterior delito de robo con fuerza pero no en sentido inverso por contener el delito de robo con violencia la tutela de intereses no contemplados en el robo con fuerza. Pero la delimitación legal de la reincidencia —*misma naturaleza*— obliga a establecer entre los distintos delitos relaciones de reciprocidad y transitividad. No son conciliables con la fórmula legal técnicas interpretativas que conduzcan a considerar que un delito es de la misma naturaleza que otro, pero no en sentido contrario.

Item más, también en algunas modalidades de robo con fuerza aparecen protegidos otros intereses jurídicos: así en los robos en casa

habitada se tutela junto al patrimonio la intimidad encarnada en el hogar o la seguridad de las personas; o en los robos con la agravación del artículo 235.2.^a, el buen funcionamiento de los servicios públicos. Y la presencia de esos otros bienes jurídicos no hará pensar a nadie que las condenas por esos subtipos no servirían para apreciar la reincidencia en un nuevo delito de robo con fuerza en las cosas en su modalidad básica.

Lo decisivo para poder afirmar la identidad de naturaleza es que el bien jurídico básico o predominantemente protegido sea el mismo: y el patrimonio es el bien jurídico protegido en ambas modalidades de robo.

b) Los criterios jurisprudenciales de desarrollo de la regla contenida en el artículo 794.3 relativa a la necesaria homogeneidad de los delitos para salvar la congruencia de la sentencia tienen un alcance diverso: constituyen el reflejo procesal del derecho constitucional a ser informado de la acusación. Se mueven, por tanto, en un orden más de principios procesales básicos que de derecho sustantivo penal, por lo que no son trasladables a la materia que ahora se analiza. Obedecen a un fundamento distinto: las exigencias del derecho constitucional al conocimiento previo de la acusación como base de una defensa eficaz y no puramente formal. En esa temática se trata de comprobar si el derecho de defensa ha sido vulnerado por el cambio en sentencia del título de imputación y a tales efectos lo decisivo es constatar si todos los nuevos elementos fácticos y jurídicos estaban ya de alguna forma o no incluidos en el acta de acusación. De ahí que una infracción pueda ser homogénea respecto de otra pero no en la relación inversa en la medida en que una de ellas sea más amplia o extensa desde el punto de vista fáctico. La exigencia de la identidad de naturaleza de las infracciones a efectos de la agravante de reincidencia tiene un fundamento bien diverso por lo que no parece adecuado trasvasar a este campo las conclusiones obtenidas en el ámbito procesal.

c) En cuanto a la negativa jurisprudencial a agrupar en un único delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación y los perpetrados mediante fuerza en las cosas responde igualmente a razones no relacionadas para nada con la semejanza o disimilitud entre la naturaleza de ambas infracciones. Era el párrafo final del derogado artículo 69 bis el que servía de sostén al Tribunal Supremo para negar la posibilidad de integrar los antiguos delitos de robo del artículo 501 no ya con otros delitos de robo con fuerza, sino ni siquiera con otros de robo con violencia o intimidación cuya idéntica naturaleza, obviamente, no puede negarse. El carácter eminentemente personal de algunos de los bienes jurídicos protegidos en los antiguos

delitos del artículo 501 vedaba toda posible consideración en relación con el delito continuado (entre otras, sentencias de 6 de noviembre de 1985, 18 de julio de 1986, 8 de junio de 1992 ó 1976/1993, de 18 de septiembre). Esta línea jurisprudencial no condiciona en nada por tanto la cuestión de la igualdad o no de naturaleza entre las dos modalidades de robo. Precisamente la nueva regulación del delito continuado (art. 74) utiliza una locución semejante a la del artículo 22.8.1: «preceptos de igual o semejante *naturaleza*» para sustituir a la fórmula más vaga de la legislación anterior que hablaba sencillamente del «mismo o semejantes preceptos penales». Pero, por lo expuesto no cabe extraer de ahí mayores conclusiones. En todo caso, en la medida en que la jurisprudencia al enumerar los requisitos del delito continuado menciona en apartados distintos la identidad de naturaleza o «semejanza de tipo» según la terminología de la sentencia de 4 de julio de 1991, que se basa primordialmente en la naturaleza del bien jurídico protegido (sentencia de 29 de abril de 1989); y la homogeneidad de la técnica comisiva que es requisito distinto del anterior, que por tanto no condiciona la naturaleza, y que consiste en una cierta uniformidad en las técnicas comisivas (sentencia de 6 de octubre de 1989); se apuntaría en sentido contrario. Si entre los delitos de robo con violencia o intimidación y robos con fuerza no se da esa homogeneidad de técnica comisiva, sí se aprecia sin embargo la «semejanza de tipo» que sirve para sostener que comparten la misma naturaleza.

d) La literalidad de la disposición transitoria 7.^a emerge desde luego como razón de fuste para mantener que el legislador al hablar de identidad de naturaleza en el artículo 22.8.^a estaba pensando no solo en el bien jurídico protegido, sino también en la modalidad de agresión. De ahí se puede concluir que en el robo con fuerza y el robo con violencia o intimidación las dispares formas de ataque determinan una naturaleza divergente.

Sin embargo esta argumentación no es definitiva y frente a ella deben predominar otros razonamientos a los que se aludirá enseguida. Por una parte, tal disposición es meramente transitoria sin que tenga más alcance que el destinado a regular los conflictos de derecho intertemporal: al no poder guiarse por ubicaciones sistemáticas el legislador tuvo que buscar otros criterios para resolver los problemas de transitoriedad. Por otra parte, la disposición adolece de graves defectos por lo que no conviene extremar su valor interpretativo: así la referencia a la analogía de denominación no solo es desafortunada sino que está necesitada de una interpretación correctora si no se quiere llegar al absurdo de negar la reincidencia al condenado por violación que comete un delito de agresión sexual del artículo 179 del nuevo

Código Penal. Por fin, la igualdad en la modalidad de ataque al bien jurídico que propugna tal disposición transitoria ha de entenderse en un sentido no de estricta identidad. Un robo con violencia no tiene idéntica forma de ataque a la propiedad que un robo con intimidación pero las diferencias accidentales no deben enturbiar la identidad en lo básico. Y entre los delitos de robo con fuerza y los delitos de robo con violencia en los elementos básicos existe también igualdad en el modo de agresión al bien jurídico «patrimonio»: son delitos de enriquecimiento, en que la modalidad de ataque es el apoderamiento venciendo la resistencia al despojo opuesta personalmente o mediante obstáculos por la víctima.

e) Desde el punto de vista criminológico la introducción de criterios menos dogmáticos como el de las motivaciones, al modo de la disposición antes transcrita del Código Penal italiano, abonarían también una interpretación favorable a la afinidad de naturaleza entre ambas modalidades del robo.

V

Atendiendo a otras perspectivas pueden, además, alegarse muchas razones que militan en favor de la igualdad de naturaleza de los delitos de robo, se perpetren con fuerza en las cosas o utilizando la *vis* física o moral. La identidad de denominación o su inclusión en un mismo capítulo (y consiguiente homogeneidad a efectos de habitualidad: art. 94) son solo algunas de ellas: no por formales, menos elocuentes.

Un repaso por distintos apartados del Código Penal evidencia una realidad muy relevante a estos efectos: es criterio legislativo reiterado la equiparación de la fuerza en las cosas con la violencia o intimidación en las personas. Determinados subtipos agravados del Código Penal se edifican tomando como punto de referencia alternativo ambas modalidades comisivas: así sucede en los delitos de quebrantamiento de condena (arts. 469 ó 470.2) de una manera explícita. En otros tipos penales son precisamente esas dos formas comisivas –violencia en las personas o cosas e intimidación– las que constituyen el rasgo determinante de la intervención del derecho penal (art. 455 que tipifica la realización arbitraria del propio derecho o, con ciertos matices, el art. 504.3.0). Y, por fin, en otro precepto el término «violencia» ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de abarcar tanto la ejercida sobre las personas como la violencia *in rebus* (delito de coac-

ciones –art. 172: sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1992 y 15 de abril de 1993, entre otras–; o delito de allanamiento de morada –art. 202.2 y sentencias de 6 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 9 de febrero de 1990 y 12/1993, de 14 de enero–). Estas referencias legales y jurisprudenciales ponen de manifiesto la proximidad legal que existe entre ambas modalidades. No es asumible que delitos como el allanamiento de morada o el quebrantamiento de condena varíen de naturaleza con las consecuencias que en orden a la reincidencia se derivarían por el dato de que se hayan cometido con intimidación o con fuerza en las cosas. En el robo, a diferencia de las otras infracciones citadas, las dos modalidades comisivas tradicionales están diversificadas porque así lo exige la frecuencia de esas infracciones y la necesidad que ha sentido el legislador de modular cada una de las variedades del robo. Pero esa diversificación no es suficiente para quebrar su unidad básica de naturaleza.

La capacidad de los delitos de robo con fuerza en las cosas para transmutarse en robos con violencia o intimidación cuando éstas surgen en su *iter* comisivo constituye otro dato jurisprudencial (por todas, sentencias de 23 de noviembre de 1991 ó 726/1996, de 19 de octubre) que avala la unidad de naturaleza, hasta el punto que precisamente el mero peligro de esa conversión es penalizado en el robo con fuerza en las cosas creándose unos subtipos agravados cuyo fundamento es justamente ése (robo en morada o en establecimiento abierto al público del art. 241: sentencia del Tribunal Supremo 591/1997, de 16 de junio). Esa comunicabilidad entre ambas modalidades delictivas parece que debe extenderse al campo de la nueva agravante de reincidencia.

Desde el punto de vista gramatical la identidad de naturaleza hace referencia a la igualdad en lo esencial, prescindiendo de lo accidental. Y en lo esencial, en todo lo medular, la igualdad entre ambas modalidades de robo es evidente hasta el punto de que son objeto de una definición legal conjunta: el legislador quiere ese tratamiento unificado sistemática y semánticamente lo que demuestra su querencia por considerar que estamos ante infracciones de la misma naturaleza, aunque históricamente el robo con fuerza haya estado más vinculado al hurto (*furta periculosa*) y en otros ordenamientos siga configurado como un hurto cualificado (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991).

Finalmente se puede ofrecer un argumento de coherencia penológica que, aun no siendo en modo alguno decisivo pues la congruencia en las sanciones señaladas no es desde luego una de las virtudes del Código de 1995 ni de su regulación de los delitos de robo, puede coadyuvar a las razones ya expuestas. De sostenerse la incompatibili-

dad de las dos modalidades de robo a efectos de reincidencia, el condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas que cometiese otro delito de robo con fuerza en un establecimiento abierto al público se vería beneficiado penológicamente si no se conformase con el forzamiento y lograrse a la vez intimidar a alguno de los presentes. De esa forma eludiría la agravante de reincidencia y la pena se podría ver sensiblemente rebajada (sin contar ahora con el posible descenso derivado de la apreciación facultativa del 242.3).

CONCLUSIÓN

En conclusión, entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas puede afirmarse la identidad de naturaleza necesaria para sustentar la agravante de reincidencia y así lo sostendrán los Fiscales en sus dictámenes y calificaciones.

CONSULTA NÚMERO 10/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN PERPETRADOS EN MORADA

I

La consulta versa sobre las relaciones concursales entre el delito de robo con violencia o intimidación y el delito de allanamiento de morada. El supuesto de hecho que la motiva se produce ya bajo la vigencia del Código Penal de 1995 y consiste en el apoderamiento mediante intimidación de diversos objetos en el domicilio de la víctima. Tras conseguir que se le franquease la entrada del domicilio mediante engaño, la autora exige a la moradora que le entregue dinero y diversas joyas llegando a esgrimir amenazadoramente una jeringuilla ante la resistencia presentada, para emprender finalmente la huida en el curso de la cual lesiona a una vecina que había acudido alertada por los gritos.

No cabe duda alguna de que en la calificación jurídica de los hechos están presentes un delito de robo con violencia o intimidación de los artículos 237 y 242.1 y 2 y una falta o, en su caso, delito de lesiones. La cuestión suscitada estriba en dilucidar si será apreciable también en régimen de concurso medial el delito de allanamiento de

morada previsto en el artículo 202.1 y 2, dado que en principio parecen concurrir simultáneamente todos los elementos que describen tal infracción: permanencia en el domicilio ajeno contra la voluntad del morador valiéndose de intimidación.

La Fiscalía consultante, tomando en consideración la desaparición en el nuevo Código Penal tanto de la agravante genérica de morada (art. 22) como la específica de casa habitada en el robo con violencia o intimidación (art. 242) se pronuncia por la concurrencia junto al delito de robo, de un delito de allanamiento de morada.

II

Una adecuada respuesta al problema planteado en la Consulta exige adentrarse en cuestiones muy diversas. Y parece preciso además antes que nada dibujar el *status quaestionis* de los diferentes temas comprometidos bajo la vigencia del texto penal inmediatamente anterior. Ese ha de ser el necesario punto de partida para afrontar desde una plataforma sólida el alcance que deba darse a las modificaciones operadas por el nuevo Código Penal.

La compatibilidad entre los delitos de robo y allanamiento de morada bajo la vigencia del anterior Código Penal debía negarse radicalmente. Por un lado por la existencia de la agravación específica de perpetración del robo en casa habitada (art. 506.2.^a) que era aplicable no solo a los supuestos de robo con fuerza en las cosas sino también a determinados casos de robo con violencia o intimidación en virtud de la remisión que contenía el inciso final del artículo 501.5.^o De ahí que en virtud de los principios de especialidad y absorción no cupiese ni la apreciación de la agravante genérica de morada ni, por supuesto, el concurso con el delito de allanamiento de morada. La presencia de ánimo depredatorio excluiría el allanamiento de morada.

Por otra parte, la perpetración de un robo con violencia o intimidación en el domicilio de la víctima cuando no era aplicable la citada agravación específica de casa habitada hacía entrar en juego no el delito de allanamiento de morada, sino la agravante genérica de morada que contemplaba el desaparecido artículo 10.16.^a (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero o 16 de septiembre de 1988. Con criterio distinto, únicamente la sentencia de 13 de diciembre de 1990, que, además de ir acompañada de un voto particular precisamente por esta cuestión, sin negar la compatibilidad rotundamente estima que debe matizarse según los resultados alcanzados).

III

Estas conclusiones permanecen incólumes en el nuevo Código Penal para el delito de robo con fuerza en las cosas pues sigue presente para tal infracción la cualificación agravatoria basada en la perpetración de los hechos en casa habitada (art. 241), agravación que repudia la apreciación conjunta de un delito de allanamiento de morada.

Pero en los delitos de robo con violencia o intimidación (art. 242) se han cerrado todas las puertas para contemplar específicamente esa circunstancia de perpetración de los hechos en una vivienda.

En efecto, por una parte ya no existe portillo alguno para apreciar el subtipo cualificado de casa habitada a los delitos de robo con violencia o intimidación. Se culmina así una evolución que partiendo de la aplicación de esa agravación a todo tipo de robos (antes de la reforma de 1983), y pasando por la aplicación tan solo en determinados supuestos (art. 501.5.º, inciso final en la redacción conferida por la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1983), ha llegado en el nuevo Código Penal a la aplicación de esa agravación específica en exclusividad a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Y, en otro orden de cosas, el vigente panorama legal queda ya completado refiriéndonos a la desaparición de la agravante genérica de morada en el listado del artículo 22 del Código Penal de 1995. La realización del hecho «aprovechando las circunstancias de lugar... que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente» (art. 22.2.ª) no cubre los supuestos que antes contemplaba la agravante de morada y obedece a una teleología sustancialmente diversa: la protección de la intimidad y santidad del hogar –que fundamentaban la agravación del artículo 10.16.ª– ya no están de manera alguna presentes en las genéricas referencias al lugar de realización del hecho que se recoge en el artículo 22.6.ª

IV

No resultando aplicables por tanto ni una agravación específica ni una genérica que contemple la circunstancia de haberse perpetrado el robo con intimidación en un domicilio ajeno, parecen haberse desvanecido con la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penal las razones que servían de base para rechazar el concurso de delitos entre el

robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada ahora contemplado en el artículo 202.

La diversidad de bien jurídico protegido por ambas infracciones –en un caso, el patrimonio; en otro, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio– abona la conclusión de que estamos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de normas regulado en el artículo 8. Tan solo el castigo a través de ambas infracciones abarcaría el total desvalor de la conducta afectante a diversos bienes jurídicos.

V

La conclusión anterior puede merecer determinadas objeciones. En efecto se han esfumado las bases que sustentaban la opinión unánime en la práctica y en la jurisprudencia de negar la compatibilidad entre los delitos de allanamiento de morada y robo con violencia o intimidación. Pero podrían argüirse desde distintas perspectivas otras razones para continuar rechazando la existencia en esos supuestos de un delito de allanamiento de morada.

Entre esas posibles objeciones destaca en primer lugar una referida a los elementos subjetivos del delito de allanamiento de morada. En ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el delito de allanamiento de morada requería un elemento subjetivo específico, el ánimo de atentar contra la intimidad ajena. De hecho también en otros países (Alemania, Francia e Italia) se ha producido esa discusión aunque la doctrina más reciente no vacila en entender que para la comisión de ese delito basta el dolo genérico, prescindiéndose de los *animi* o móviles que guían al sujeto.

El artículo 490 del Código Penal derogado contenía una descripción puramente objetiva, sin referencia alguna a elementos anímicos o tendencias o intenciones específicas. Pero la necesidad de buscar mecanismos que permitiesen excluir la punición de los supuestos de imprudencia (dado el sistema de *numerus apertus* de nuestro anterior Código Penal) y la conveniencia de levantar unas fronteras más o menos claras frente a la agravante genérica de morada, motivaron que la jurisprudencia y parte de la doctrina afirmasen en ocasiones la necesidad de un dolo específico de vulnerar la morada para apreciar el delito del antiguo artículo 490. Ese criterio permitía, conforme ya propuso algún clásico tratadista en criterio que luego plasmaría en el Código Penal Argentino, excluir el delito de allanamiento de morada cuando la entrada en la vivienda ajena se realizaba con la finalidad de cometer otro delito de mayor gravedad.

La base legal de tal doctrina era endeble y aparecía incluso contradictoria por la declaración del artículo 491 que hubiese resultado superflua de exigirse un dolo específico en el delito de allanamiento de morada. Pese a ello, junto a algún señalado autor, la jurisprudencia en diversas resoluciones exigió para apreciar el delito de allanamiento de morada un dolo específico o elemento subjetivo del injusto: el ánimo de atentar contra la «paz o santidad del hogar» (entre otras, sentencias de 24 de enero de 1961, 20 de febrero y 11 de noviembre de 1965, 20 de abril de 1966, 27 de mayo de 1968, 23 de octubre de 1969 y 8 de marzo de 1979), ánimo que no sería apreciable cuando la entrada en la morada ajena se hace con finalidad de cometer otro delito: contra la propiedad, contra la libertad sexual, contra la integridad física... En esos casos no sería apreciable un concurso de delitos con el allanamiento de morada, sino tan solo, en su caso, la genérica agravante de morada.

Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria ha rechazado con toda lógica esa exigencia de un ánimo específico: basta el dolo genérico (sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976). La sentencia de 8 de mayo de 1973 razonaba así:

«Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse en vivienda ajena contra la voluntad de su morador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico y ahora con más técnica elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la “santidad del hogar”, no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada la que declara con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse el dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico —entrar o permanecer contra la voluntad del morador—, porque el artículo 490 estructura tal infracción únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir nominativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota

la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto se representa en la mente del inculpado como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento como fin o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin exija expresa y típicamente la ejecución en morada ajena... »

La jurisprudencia más reciente apunta ya sin fisuras y de forma inequívoca en esa dirección sin que la configuración del delito de allanamiento de morada en el Código de 1995 (art. 202) introduzca elemento alguno que pudiese hacer inaplicable ese criterio jurisprudencial. En ese sentido se pronuncian las sentencias de 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 o la más cercana sentencia 2107/1994, de 28 de noviembre que aunque sigue hablando de dolo específico lo hace para equipararlo con el dolo genérico, como se deduce de la solución que se da al supuesto contemplado, explicando incluso que el delito de allanamiento de morada aparecerá casi siempre en concurso con otros delitos (implícitamente también las de 22 de noviembre de 1992 o la de 8 de junio de 1992).

VI

Negada la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada queda expedito el camino para llegar a una solución concursal cuando la invasión ilegítima en la morada ajena era el medio para realizar un atentado contra otros bienes jurídicos: integridad física, vida, libertad sexual... Y en la jurisprudencia existen abundantes precedentes en esta línea: concurso con coacciones (sentencia de 9 de febrero de 1964); con lesiones (sentencias de 11 de marzo de 1964, 29 de septiembre de 1967, 18 de mayo de 1979, 11 de mayo de 1985, 18 de junio de 1990 y 17 de marzo de 1992); con violación (sentencias de 13 de mayo de 1964 y 7 de febrero de 1987); con agresiones sexuales (sentencias de 19 de mayo de 1970, 18 de mayo de 1990); con amenazas (sentencias de 15 de diciembre de 1970 y 6 de noviembre de 1987); con realización arbitraria del propio derecho (sentencia de 22 de abril de 1978); o con hurto (sentencia de 21 de marzo de 1984).

Y cuando se rechazaba el concurso de delitos se hacía para afirmar la concurrencia de la agravante genérica de morada hoy desaparecida (sentencias de 11 de noviembre de 1965, 26 de abril de 1977 o 20 de diciembre de 1978), insinuándose a veces incluso que posiblemente fuese más correcta la solución del concurso con el delito de allanamiento de morada (sentencia de 22 de noviembre de 1992 que contempla un caso de delito de violación con apreciación de la agravante de morada).

Expulsada del vigente Código Penal la agravante de morada, no cabe esa posibilidad de respuesta punitiva. En consecuencia todos los casos en que la entrada o permanencia ilícita en la morada ajena conviva con otra infracción penal se penarán a través de las normas del concurso de delitos que muchas veces será medial (art. 77), aunque no es descartable que en ocasiones haya que acudir al sistema ordinario de punición del artículo 73 por tratarse de un concurso real puro (sentencias de 17 de marzo de 1992 y 2107/1994, de 28 de noviembre).

No existe ningún dato o característica especial en los delitos de robo con violencia o intimidación que, con arreglo al nuevo Código Penal, fundamenten una solución distinta a la del concurso con el delito de allanamiento de morada que se utiliza sin duda alguna para otros delitos como los de lesiones o los que atentan contra la libertad sexual. La inexistencia de elemento diferencial alguno justificativo de un tratamiento diferente obliga a dar por válida también en esos supuestos la solución concursal, única capaz de abarcar el mayor desvalor de la conducta que supone, junto al atentado a la seguridad y a la propiedad, un ataque a la intimidad encarnada en la protección del domicilio. Tan solo en el delito de robo con fuerza en las cosas es descartable esa respuesta por la previsión específica del artículo 241.1.

De esa forma además se introduce un importante paliativo al absurdo que representaría establecer una penalidad igual y con posibilidad de rebaja para el robo con violencia cometido en casa habitada (art. 242.1 y 3) que para el robo con fuerza en idénticas circunstancias (art. 241.1).

Lógicamente para que se aprecie el concurso de infracciones será necesario que se den todos los elementos definidores del delito de allanamiento: penetración en la parte cerrada de la morada; voluntad contraria del morador, que no necesariamente ha de ser expresa basando la que se deduce lógicamente y racionalmente (sentencias de 2 de febrero de 1988, 9 de febrero de 1990 o 12/1993, de 14 de enero); un mínimo de permanencia en la morada tras la exteriorización de la voluntad contraria...

Esta solución, con las matizaciones que deban hacerse, es también válida para los delitos de allanamiento previstos en el artículo 203.

CONCLUSIONES

1.^a La supresión de la agravante de morada y la limitación del tipo agravado de casa habitada al robo con fuerza en el vigente Código Penal conducen a afirmar la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada.

2.^a La perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se haya penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá penarse con arreglo a tal disposición.

CONSULTA NÚMERO 11/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS COMETIDO EN EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 241.1 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, prevé un subtipo agravado de robo con fuerza en las cosas cuando se cometa «en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

La Fiscalía consultante plantea sobre dicho precepto dos cuestiones diferentes. La primera, objeto central de su exposición, hace referencia a si tal agravación opera solamente cuando el robo se cometa en edificio o local durante las horas de apertura al público, o si la agravación será de aplicación también cuando el robo se cometa en horas de cierre.

La segunda cuestión, suscitada en la Consulta de forma indirecta, se refiere al alcance de la expresión «edificio o local abiertos al público» y, en concreto, a cuáles sean las características definidoras

de los inmuebles que hayan de entenderse incluidos en la referida agravación.

Un orden lógico en el examen de tales cuestiones aconseja comenzar por la segunda. De esa forma, una vez fijado qué deba entenderse por «edificio o local abierto al público», se analizará cuál sea el horario al que alcanza la especial protección de tales lugares.

II. EL FUNDAMENTO DEL SUBTIPO AGRAVADO

La expresión «edificio o local abiertos al público» es empleada en el vigente Código Penal no sólo en el citado artículo 241, sino también en otros preceptos que utilizan parecidas expresiones. Así, entre otros, en el artículo 120.3 respecto de la responsabilidad civil subsidiaria; en el artículo 194 referido a la clausura de establecimientos o locales abiertos o no al público en los que se realizaren conductas constitutivas de delitos relativos y a la prostitución o de exhibicionismo y provocación sexual; en los artículos 203 y 635 referidos al allanamiento de locales; en los artículos 271 y 276.2 respecto de los delitos de propiedad intelectual e industrial; 298.2 y 302 apartados a) y b) en cuanto al delito de receptación; y, finalmente, en el artículo 369.2 que recoge un subtipo agravado en el delito de tráfico de drogas y 370 apartados a) y b) que regula su clausura.

Pese a tan profusa utilización del término, no existe en el Código un concepto legal de tales lugares, a diferencia de lo que sucede con los conceptos de casa habitada o de dependencias (apartados 2 y 3 del artículo 241). La indefinición ha suscitado una diversidad de criterios interpretativos que han tenido reflejo en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hasta la fecha, con la consiguiente disparidad de soluciones y merma de la seguridad.

En la indagación de la solución a tales problemas deberá necesariamente partirse del fundamento último de la agravación, es decir, de la razón de política criminal que ha movido al legislador a agravar tales conductas, como pauta interpretativa de primer orden para esclarecer el concepto de local abierto al público y el alcance, en definitiva, del subtipo.

En el Código Penal de 1995 la conducta delictiva se agrava por su realización en establecimientos o locales abiertos al público en los delitos de tráfico de drogas, en los de receptación y, finalmente, en los de robo con fuerza en las cosas. La finalidad de la agravación es distinta en cada uno de tales delitos.

En aquél radica en las mayores probabilidades de difusión de la droga y de eludir la responsabilidad al realizarse la actividad desde un local abierto al público. La finalidad aparente o de cobertura es la de prestar un servicio lícito que se desarrolla para tapar o camuflar la verdadera actividad ilícita, con la especial dificultad para el descubrimiento de los hechos y su persecución que conlleva la mezcla de ambas actividades y la confusión de personas que acuden al establecimiento. Por dicha razón, el subtipo agravado del artículo 369.2 –equivalente al antiguo artículo 344 bis a) número 2– se aplicará cuando se difunda la droga por los responsables o empleados de los establecimientos abiertos al público durante las horas en las que se halle abierto el local y pueda, por tanto, confundirse la actividad ilícita con la lícita que sirve de tapadera. Es claro que una operación de tráfico de droga llevada a cabo en el interior de un local durante las horas de cierre al público no permitirá por ese solo dato reclamar la figura agravada.

En el delito de receptación se prevé una agravación cuando el receptor adquiere, recibe u oculta los efectos para traficar con ellos. Incluso la pena se agrava si el tráfico se realizase utilizando un «establecimiento o local comercial o industrial» (art. 298.2 para la receptación de efectos provenientes de delito), o un «local abierto al público» (art. 299.2 para la receptación de faltas). El artículo 302 en sus apartados a) y b) contempla la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público de las organizaciones dedicadas a este tipo delictivo. El fundamento de la agravación estriba en la mayor peligrosidad que supone el poner un establecimiento abierto al público al servicio de la receptación, con la facilidad para dar salida de dicho modo a los efectos receptados.

Sin embargo, en el delito de robo con fuerza en las cosas, por su propia naturaleza, la ratio de la agravación no coincide con el de las anteriores figuras delictivas y, por ello, se hace precisa la tarea de indagación, máxime cuando el legislador de 1995 no ha proporcionado orientación o justificación alguna de este subtipo en la escueta Exposición de Motivos del Texto punitivo.

El artículo 241.1 al referir la agravación del robo con fuerza en las cosas a que éste se cometa «en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias», equipara un conjunto de lugares de diferente signo. Junto a la casa habitada se incluyen los edificios o locales abiertos al público. En el CP derogado eran varios los lugares dignos de especial protección en el robo: la casa habitada (506 número 2), los edificios públicos (506 número 5) y las oficinas bancarias o recaudatorias (506 número 4).

Pues bien, ha de buscarse el fundamento que justifique la inclusión, junto a la casa habitada, de determinados espacios en el subtipo del artículo 241.1 del NCP.

Para la casa habitada, la jurisprudencia unánimemente ha señalado (así, por solo citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988, 1 de marzo de 1990, 10 de abril de 1992 y 14 de junio de 1993) que la mayor protección de tales lugares se dispensa en atención a la especial peligrosidad del robo por la probable presencia de personas en el interior de la vivienda y al plus que supone el ataque a lo que se ha venido en denominar la «santidad del hogar», marco físico en el que se desenvuelven facetas esenciales de la intimidad de la persona. De ahí que el Alto Tribunal aprecie la agravación aun cuando no existan moradores accidentalmente en el momento de la comisión o cuando, incluso, el agente se asegura de la inexistencia de habitantes en dicho momento, en consideración tanto a la posibilidad de un inesperado regreso de los mismos cuanto del siempre existente ataque a la referida intimidad.

El problema estriba en averiguar el fundamento que permite la inclusión junto a la casa habitada de otros lugares tales como edificios públicos o establecimientos mercantiles o comerciales.

En el CP derogado se contenía una agravación del robo en el artículo 506 número 5, que disponía: «cuando se verifique en edificio público o en alguna de sus dependencias». La jurisprudencia recaída sobre este precepto —sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 26 de mayo de 1989, 8 de abril de 1986, 22 de noviembre de 1985, de 5 de diciembre de 1984, y 4 de junio de 1981, entre otras— vino entendiendo por «edificio público», a efectos de la agravación, aquellos inmuebles que por su función se encuentran adscritos a cualquier servicio oficial, civil o militar, de las Administraciones Públicas.

El fundamento de la especial protección de tales lugares se dispensaba no sólo por la naturaleza de los mismos como bienes pertenecientes a las instituciones u organismos fundamentales de la sociedad, que encarnan, en mayor o menor medida, a todos los ciudadanos, sino también por el carácter de función pública que tiene cuanto dentro de los mismos se desarrolla, como misión realizada en pro de primarios servicios sociales, en su más amplio significado, la mayoría de las veces por personas investidas del carácter de autoridad o al servicio de las mismas.

La razón de la agravación, explicitada por la jurisprudencia recaída sobre el antiguo artículo 506 número 5 y enteramente acogible, podría justificar la inclusión de tales lugares en el nuevo subtipo. Sin

embargo, el artículo 241.1 del vigente CP no se refiere a «edificios públicos», como sucedía en el número 5 del antiguo artículo 506, sino a los edificios o locales «abiertos al público». De ahí se colige que el concepto de edificio o local abierto al público no es coincidente con el anterior concepto de edificio público.

Por una parte, con la expresión abiertos al público se excluyen aquellos edificios públicos en los que la actividad desarrollada no permita en modo alguno el acceso a los mismos de terceras personas distintas de quienes allí prestan sus servicios, es decir, de público. Los locales o edificios públicos pero no abiertos al público están excluidos del subtipo del artículo 241.1, al no darse en los mismos uno de los elementos exigidos por el subtipo. Ello sin perjuicio de que la sustracción en edificios públicos de cosas destinadas a un servicio público pueda venir agravada por la remisión del artículo 241.1 a lo dispuesto en el artículo 235.2 del Código Penal.

Por otra parte, se extiende el radio de la agravación a lugares en los que no concurre la nota de la afectación de servicios públicos de interés general.

Por ello, la nota de «abiertos al público» se erige en un dato esencial para indagar el fundamento último de la protección dispensada a todos estos lugares, ya sean de destino público o privado.

La razón de la agravación del antiguo artículo 506 número 5 para los edificios públicos no subsiste en el subtipo agravado en el artículo 241.1, que sólo comprende a los edificios públicos cuando en ellos haya posibilidad de libre acceso de público. Por ello, debe buscarse una justificación del subtipo que permita explicar la razón de la inclusión en el mismo de los edificios públicos únicamente cuando, además de los funcionarios o personal existente en su interior, puedan acceder terceros a su interior, así como de los edificios o locales destinados a fines de carácter particular.

De entre las posibles razones que se han esgrimido por la doctrina cabe citar las siguientes:

1.^a La protección última de la integridad física de las personas. La inclusión de estos locales obedecería al riesgo que de tales acciones se deriva para las personas que puedan hallarse en el interior de los mismos.

2.^a La protección del derecho fundamental de la intimidad de las personas, en la medida en que ésta se vulnere mediante la entrada en algunos de dichos lugares o sus dependencias.

3.^a La protección del comercio. Respondería así la inclusión de estos lugares a la decisión del legislador de dispensar una especial protección a la actividad mercantil de los comerciantes que se desa-

rolla en determinados espacios físicos –los locales de tipo mercantil o comercial–. Esta justificación llevaría a excluir del ámbito del subtipo a los edificios públicos abiertos al público.

4.^a Meras razones de técnica legislativa: la creación en el nuevo Código de una figura que, aunando los bienes jurídicos propiedad e intimidad, evite el concurso delictivo entre delito de robo con fuerza y el delito de allanamiento de local contemplado en el nuevo artículo 203. La agravación punitiva encontraría su fundamento en la inclusión en el ámbito del artículo 241.1 de la conducta típica del artículo 203.

El acogimiento de una u otra línea de justificación llevaría a conclusiones distintas en el entendimiento del subtipo agravado. Pese a reconocer la dificultad e inseguridad de la cuestión, hemos de acoger el primero de los fundamentos señalados. A ello contribuyen las siguientes razones.

En primer lugar, existe un antecedente legislativo que abona dicha interpretación: el Proyecto del Código Penal de 1980 en su artículo 246.1 emplea, por vez primera, idéntica fórmula a la del actual artículo 241.1. Dicha agravación ha ido posteriormente recogiendo en los sucesivos Proyectos hasta plasmarse definitivamente en el presente Código. Pues bien, en la Memoria Explicativa del Proyecto de 1980 puede leerse lo siguiente: «los robos calificados son (...) el perpetrado en casa habitada o en edificio o local abierto al público, noción esta última que reemplaza a la de edificio público o destinado al culto, con lo que *se pone el acento en el riesgo de ataque para las personas...*».

La omisión de toda referencia en la Exposición de Motivos del NCP puede suplirse así mediante ese texto proyectado que, pese a no cuajar en derecho positivo, sirvió de inspiración a los siguientes proyectos y entre ellos el que ha venido a ser el vigente Código, textos que no han hecho más que transcribir la modificación del Proyecto de 1980.

De otra parte, el Tribunal Supremo, en la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina emanada de la interpretación y aplicación de las normas, ha resuelto en sentencia número 591/1997, de 16 de junio, que «el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo». El criterio sostenido por la sentencia fue previamente sometido al Pleno de la Sala Segunda del Alto Tribunal y aprobado por unanimidad.

Por último, ninguno de los otros criterios antes señalados explica el hecho de que se incluyan en el subtipo agravado un conjunto dispar de lugares (casa habitada, edificio público, edificio comercial, o dependencias de todos los anteriores) y se exija, además, a excepción de la casa habitada, que se hallen por su propia naturaleza abiertos al público.

III. CONCEPTO DE EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

Partiendo, por lo tanto, de dicha justificación, que habrá de servir de clave para la resolución de cuantas cuestiones suscite la agravación, podemos señalar que en el concepto de edificio o local abierto al público, ya sea de destino público o privado, han de darse las dos siguientes notas:

a) Existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un local que permitan el acceso físico de público a su interior.

Esta primera nota ha permitido en el delito de tráfico de drogas excluir de la agravación determinados supuestos tales como los kioscos callejeros. En relación con el tráfico de drogas, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1994 ha estimado que no cabe reputar establecimiento abierto al público un kiosco callejero de la ONCE al sostener que no tiene virtualidad, por insuficiente infraestructura, para permitir camuflar el tráfico ilícito, por lo que no concurre el fundamento de la agravación.

Cabe cuestionarse si tal solución es trasladable al delito de robo con fuerza en las cosas. El fundamento de la agravación –riesgo para las personas que se encuentren en el interior cuando el hecho se comete– reclama la aplicación de la agravante solamente en la medida en que exista una cierta infraestructura inmobiliaria que dé cobertura a la actividad allí desarrollada y permita el acceso de público al interior. El empleo del término «local abierto al público» hace referencia a espacios o lugares cerrados, tanto según la significación etimológica del término local, como el de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la legislación arrendaticia que viene entendiendo por local el «...recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal...» (sentencia de 27 de septiembre de 1985).

La agravante, pues, so pena de interpretar extensivamente el precepto, no podrá aplicarse a aquellos lugares en los que no exista la posibilidad de acceso de público al interior, en la medida en que no son, como gramaticalmente reclama el artículo 241, «local abierto al público». Se excluyen así los puestos de venta callejera, kioscos, taquillas de despacho de billetes, venta desde vehículos, etc... La agravación precisa de la existencia de un inmueble o local a cuyo interior pueda acceder público (oficinas públicas, bares, cafeterías, tiendas de artículos, hoteles, bancos, etc.).

Baste, por último, en este sentido, señalar que en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes citada, de 16 de junio de 1997, se recuerda que «...se sustituyó el concepto de edificio público por el absolutamente injustificable “local abierto al público”, que se estimó omnicomprendivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona *que en él quiera entrar...*».

La posible entrada de público en el local o recinto protegido, y no la mera permanencia en la vía pública o en el exterior, se erige en nota esencial para la apreciación del subtipo. El peligro derivado del robo con fuerza en el primero de los supuestos es evidentemente mayor, lo que justifica dicho requisito.

De otra parte, los artículos 203 y 635 al referir el delito y la falta de allanamiento, respectivamente, al «domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público», contraponen los conceptos de establecimiento o local abiertos al público al resto de los lugares que mencionan. En caso de robo con fuerza en tales lugares, cuando en ellos no se den las notas que ahora examinamos, se deberán aplicar las normas concursales entre el tipo básico de robo con fuerza y las infracciones penales contempladas en los artículos 203 y 635.

b) En tales locales ha de poder acceder indiscriminadamente cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

La posible entrada de público al local debe ser entendida como acceso de carácter físico, debiendo erradicarse por ello del concepto de local abierto al público aquellas dependencias a las que el público no accede físicamente sino en forma figurada a través de la atención que reciben, generalmente las veinticuatro horas, mediante líneas telefónicas o servicios informáticos. En estos supuestos no se cubre el

requisito del posible acceso de público al local, no concurriendo la justificación del subtipo agravado.

IV. SOBRE EL PROBLEMA DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA AGRAVANTE EN LOS ROBOS COMETIDOS DURANTE LAS HORAS DE CIERRE DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Dos son las posibles soluciones a este problema y ambas cuentan con sólidos apoyos.

a) Criterio de la apertura administrativa.

La que se ha venido en denominar tesis de la apertura administrativa, que admite la apreciación del subtipo tanto cuando el robo se cometa en horas de apertura física del local al público cuanto durante el horario de cierre del mismo, cuenta con los siguientes argumentos.

En primer lugar, el artículo 241.1 no distingue entre horas de apertura o de cierre, lo que conlleva la imposibilidad de que se efectúe por el intérprete dicha distinción. Es más, la no distinción del artículo 241 se lleva a cabo intencionadamente por el legislador, no se trata de un olvido o de una mera falta de previsión del posible problema interpretativo generado por la ausencia de mención. Que esto es así se deduce del hecho de que en el allanamiento, en las modalidades de los artículos 203.1 y 635, se limita la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Incluso en el debate parlamentario se rechazó la enmienda del Grupo Parlamentario Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados que pretendía la supresión de la expresión «fuera de las horas de apertura». Por contra, en la modalidad de allanamiento del artículo 203.2 no se circunscribe a dicho momento la posible comisión del delito.

En segundo lugar, si bien como argumento de menor relevancia, se aduce que la propia dinámica de las cosas hace prácticamente impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura. La mayoría de tales robos se cometen en horarios de cierre.

b) Criterio de la apertura física.

Según esta línea de interpretación, el subtipo sólo entra en juego cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando se realice hallándose el local cerrado al público.

Es esta tesis por la que se ha decantado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 16 de junio de 1997. Los argumentos de apoyo son los siguientes.

El motivo principal, proporcionado por la sentencia, estriba en que si el fundamento de la agravación radica en el riesgo que puede derivarse para las personas que pueden encontrarse en el interior del local cuando se comete el robo, dicho riesgo no existe durante las horas de cierre del mismo. No existiendo riesgo fuera de las horas de apertura, la agravación no puede extenderse más allá de esas horas. Carece de fundamento aplicar el subtipo en tales casos.

En la casa habitada se excepciona dicha solución en el artículo 241.2 que permite la apreciación del subtipo aunque accidentalmente se hallen ausentes los moradores cuando el robo tiene lugar. El riesgo de posible vuelta de tales moradores, al margen de la santidad del hogar, imponen la apreciación del subtipo. En los «edificios o locales abiertos al público», sólo cuando concorra dicho riesgo se apreciará la agravación. No existe tal riesgo durante las horas de cierre y sí durante las de apertura física haya o no personas en su interior, dada la posible entrada ulterior de las mismas.

La objeción antes expuesta de que son impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura no es tal si se repara, por un lado, en la extensión de la agravante a las dependencias a que se refiere el artículo 241.3 en las que cabe perfectamente pensar en la hipótesis de un robo con fuerza durante la apertura del local principal, y, por otro, en la cada vez más usual existencia dentro de determinados establecimientos (grandes superficies, joyerías, etc.) de barreras específicas de protección o sistemas de cierre individual o colectivo de determinados productos de alto valor.

El criterio de apertura física ha de ser acogido, en tanto resulta más respetuoso con el fundamento último de la agravación, con las siguientes matizaciones. Es claro que si el fundamento del subtipo no concurre no podrá apreciarse el mismo. Ahora bien, esto impone las siguientes soluciones: primero, se apreciará la agravante durante las horas de apertura del local haya o no personas en su interior; segundo, no será aplicable durante las horas de cierre si no existen personas efectivamente en el interior o de existir se desconocía tal extremo por el sujeto activo del robo; y, por último, consecuentemente se dará la agravación, por concurrir su fundamento, si durante las horas de cierre se lleva a cabo el robo conociendo el sujeto activo la existencia de personas en su interior (v. gr.: el local se cierra a terceros pero permanecen aún clientes o trabajadores dentro).

La solución que se acoge se ve posibilitada en tanto que el artículo 241.1 no limita la aplicación del subtipo a ningún horario determinado, a diferencia de lo que sucede en las modalidades de los artículos 203.1 y 635 que restringen la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Por ello, la no aplicación de la agravación en el robo durante las horas de cierre se preconiza en tanto no concurra el fundamento de la agravación, no por ausencia de algún elemento del tipo. Por ello, si durante las horas de cierre se diera el fundamento de subtipo, éste habría de ser aplicado siempre que la culpabilidad del agente lo abarque.

CONCLUSIONES

Primera.—El fundamento de la inclusión en el subtipo agravado del artículo 241.1 del Código Penal, junto a las casas habitadas, de los «edificios o locales abiertos al público» estriba en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local.

Segunda.—Por edificio o local abierto al público se entienden aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona —sin perjuicio de la reserva de derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

Tercera.—El subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concurra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/1997, DE 6 DE OCTUBRE, ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PRESENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO

El sistema de recursos creado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, supuso la introducción de los artículos 846 bis a) a 846 bis f), de la LECr. Tal cuadro normativo, que incluía la novedosa coexistencia de los recursos de apelación y casación frente a las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado Presidente, ha sido objeto de análisis crítico por la dogmática y por la propia praxis de los Tribunales que se han enfrentado a la experiencia aplicativa del citado texto legal. Sin embargo, al margen del grado de aceptación o censura que merezca el régimen de impugnación ideado, lo cierto es que su vigencia ha generado algunos problemas de índole puramente funcional y que pueden llegar a afectar, en cierta medida, a la operatividad misma del Ministerio Fiscal.

En efecto, la práctica ha puesto de manifiesto que, en no pocos casos, cuando cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal entablan el recurso de apelación autorizado por el artículo 846 bis a), párrafo primero, a resolver por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, el representante del Fiscal que ha ejercido la acción pública ante el Tribunal del Jurado, solicita autorización para la llevanza personal de la vista de la apelación ante el citado Tribunal Superior de Justicia. Dicha solicitud refleja un elogiable interés por parte del Fiscal que, desde la incoación del proceso penal, ha estado en contacto con las fuentes de la investigación y en consecuencia, conoce de primera mano los datos que singularizan el hecho justiciable. De ahí que, en aquellos casos en que el lugar en el que se celebrara el juicio en primera instancia fuera el mismo que la sede del Tribunal Superior de Justicia, la conveniencia de que los Fiscales-Jefes acomoden la distribución de asuntos de forma que se produzca la deseada coincidencia entre el funcionario del Ministerio Fiscal que conoció del juicio ante el Tribunal del Jurado y aquél que haya de hacer valer la tesis del Fiscal en la apelación, resulta incuestionable.

El problema surge cuando no existe esa identidad entre ambas sedes procesales. En tales supuestos, las solicitudes por parte del Fiscal conecedor del caso a fin de que sea autorizada su presencia en la vista de la apelación, están generando algunas disfunciones. La existencia de una cobertura legal para que tal instancia sea atendida, es innegable a la vista de lo prevenido en el artículo 26 del Estatuto Orgánico de 1981. Sin embargo, el óptimo funcionamiento del Ministerio Fiscal sugiere que las fórmulas estatutarias excepcionales –y el artículo 26 presenta todas las evidencias de serlo– sean aplicadas a supuestos también excepcionales. El buen gobierno de la institución no parece compatible con una –cada vez más numerosa– presencia itinerante de miembros del Ministerio Fiscal en un seguimiento procesal que –no se olvide– puede acabar ante el Tribunal Supremo, si se hace valer el recurso de casación que habilitan los artículos 847 y 848 de la LECr. Resulta evidente, en definitiva, que el principio de unidad orgánica que informa la actuación del Ministerio Fiscal se refuerza, si cabe, con la presencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Fiscales adscritos funcionalmente a tal órgano jurisdiccional, con independencia de quien hubiera representado al Ministerio Fiscal en la primera instancia.

En consecuencia, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Fiscales Jefes acomodarán sus decisiones y darán curso a las distintas solicitudes que pudieran producirse, conforme a un criterio restrictivo, con arreglo al cual, se evitará el desplazamiento de aquellos Fiscales que hubieran conocido el procedimiento por Jurado en la primera instancia hasta la sede del Tribunal Superior de Justicia que haya de conocer de la apelación. Ello no es obstáculo, claro es, para que en aquellos supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo impongan, se acuerde lo necesario para activar la fórmula estatutaria que permite el excepcional traslado del representante del Fiscal. A tal efecto, la solicitud habrá de ir acompañada de cuantos antecedentes e informes avalen la especialidad del caso que motiva aquella medida.