

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVII
FASCICULO I



ENERO - ABRIL
MCMLXXXIV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.*

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de San Sebastián

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Cádiz

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal y Director del
Instituto de Criminología de la Universidad
Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

CANDIDO CONDE-PUMPIDO

FERREIRO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Granada

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Nacional de Educación a Distancia

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.**

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 3.300 ptas Extranjero, 3.600 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.300 ptas. Extranjero, 1.600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1983.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 429 93 12. Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados.**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXVII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXIV

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

I.S.S.N. 0210-3001
Depósito Legal, M. 126.—1958

Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad (*)

ARMIN KAUFMANN,

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho (Bonn)

¿Qué pertenece al «escalón» de la antijuricidad —además de las causas de justificación (autorizaciones) que nadie discute? La polémica en torno a fenómenos particulares como las «reglas de antijuricidad» y los «momentos especiales de la antijuricidad» («puros elementos del deber jurídico») parece superada. Toda una doctrina los ha rechazado; Welzel, en las últimas ediciones de su Tratado, abandonó en parte y varió otro tanto sus posiciones. ¿Y no han hecho desaparecer, quizá, una serie de modificaciones legales el resto de las dudas?

Sin embargo, este cuadro es engañoso si se mira detenidamente: Si observo bien, nadie sostiene que la «obligatoriedad» de la orden militar sea un elemento del tipo (cfr. el parágrafo 22 del Código penal militar alemán). Y, por lo que respecta a la cuestión de la constitucionalidad de una prohibición jurídica (garantizada penalmente), parece que al menos algo es compartido por todos: Que el error sobre la misma constituye un error de prohibición, un «error sobre la validez», que también puede resultar de un «error de hecho» —por ejemplo, sobre la promulgación—. Más todavía, según una idea muy extendida, la «tentativa del autor inidóneo», es decir, la errónea suposición de un elemento de la autoría constituye un delito putativo; su fundamentación es que sin la cualificación del sujeto de la norma no surge deber alguno. Finalmente, también las «reglas de la antijuricidad» —así denominadas por el Tribunal Supremo Federal— de los apartados segundos de los parágrafos 240 y 253 StGB son discutidas en lo que respecta a su tratamiento y ordenación; no sólo Welzel veía en ellas un problema de la antijuricidad (1). ¿Y no resurgen, con nuevos ropajes, viejos problemas

(*) Traducción de Joaquín CUELLO. El original alemán, con el título «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung», ha sido escrito para el libro-homenaje a Ulrich KLUG, a punto de publicarse en la República Federal de Alemania.

(1) Véase la panorámica de HIRSCH LK, 9.ª ed., preámbulo al párrafo 51, núms. 14 s. Por contra, yo mismo no he defendido nunca —¡frente a lo que indican algunas citas!— la idea de que el cierre de los «tipos abiertos» sea un problema del escalón de la antijuricidad.

en las «autorizaciones administrativas» (¡ Con sus correspondientes obligaciones!) o en los casos de «exclusión cuantitativa del injusto» (2)? Por tanto, aunque los problemas siguen existiendo, no se ha formado en realidad una doctrina cerrada, unitaria, sobre los momentos de la antijuricidad; la heterogeneidad de las cuestiones aquí tratadas nos resultaban claras, desde un principio, a Welzel y a mí. Si hace treinta años caractericé los momentos contabilizados aquí —los «presupuestos de validez» y los «elementos de la autoría»— de, al mismo tiempo, «distintos en lo esencial» y, sin embargo, «emparentados en lo especial», fue en atención a que las consecuencias dogmáticas son las mismas: 1. Estos momentos deben concurrir *objetivamente*, para hacer surgir el concreto deber jurídico; la errónea suposición de su concurrencia no puede fundamentar una tentativa. 2. El error referido a la concurrencia de estos momentos es la (posible) fuente de un error sobre el deber jurídico, en el sentido del parágrafo 17 StGB. En mi opinión, podían ordenarse estos momentos en el escalón de la antijuricidad (3). Si podemos permanecer aquí y qué ocurre con los problemas aludidos al principio será examinado a continuación.

Los problemas aquí tratados se sitúan en un punto donde confluyen principios y teoremas pertenecientes, en parte, a la Teoría general del Derecho y, en parte, a la Dogmática del Derecho penal:

1. Las normas (en el sentido de Binding o, ahora también, en el sentido de Kelsen), como mandatos o prohibiciones jurídicos que expresan la obligación de actuar o de omitir, sólo en casos excepcionales se presentan en formas lingüísticas puras («deberes»), y han de ser desarrollados a partir de otras manifestaciones jurídicas, por ejemplo, leyes penales. Dependiendo de criterios (condiciones, presupuestos, competencias) de los que resulta su «validez» u «obligatoriedad», es decir, su existencia como normas *jurídicas*.

(2) El mismo ROXIN, en su penetrante y crítico tratamiento de las posiciones de WELZEL y mía, llega a la conclusión de que «hay» «elementos del deber jurídico» y que representan un caso particular (ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1969, pág. 188): «Aunque no resultan completamente descritos ni claramente delimitados con los criterios de WELZEL, forman, sin embargo, un grupo común: no se trata de "momentos especiales de la antijuricidad", sino de circunstancias que abrazan a la antijuricidad o sirven a la exclusión del injusto y, al mismo tiempo, encierran siempre, o al menos normalmente, la total antijuricidad formal». ROXIN quiere resolver la problemática «mediante su distribución en elementos que determinan el injusto y elementos que valoran la totalidad del hecho»: «En tanto que contienen circunstancias materiales pertenecientes al sustrato del juicio de valor pertenecen sistemáticamente al tipo».

(3) Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 158 y 285 s. En la conformidad a Derecho del ejercicio del cargo (parágrafo 113 de la antigua redacción) he visto un aviso de que «las causas de justificación se conjugan, evidentemente, entre sí»: La intervención contenida en la acción de ejecución debe estar justificada; si no es así, estará justificada la legítima defensa contra ella. Sobre los problemas surgidos con la nueva redacción no podemos tomar aquí posición.

2. La singularización de la norma abstracta en deber jurídico concreto requiere, además, que un hombre posea la cualidad especial de la autoría (exigida) y que sea capaz de emprender la acción normada; no debe interponerse una autorización (causa de justificación).

3. Todos los criterios enumerados pueden *designarse* como «exigencias del deber jurídico»; sin ellos no existe lesión alguna del deber jurídico, ni delito, ni crimen. Que existe una posibilidad de malentendidos terminológicos resulta claro.

4. Que *todos* los presupuestos de un hecho típico y antijurídico son elementos de la tipicidad o de la antijuricidad no resulta evidente, sino que requiere una comprobación.

5. El tipo (básico) se orienta al objeto de la norma, cuyo contrario describe («materia de prohibición»). Sin embargo, discrepan las concepciones acerca de si aquél sólo abarca «circunstancias de hecho», en el sentido del parágrafo 16 StGB («tipo de error»); más (tipo de relevancia); o si aquí existe congruencia (4).

6. Las «agravantes» («Höhemarken») del injusto cualifican el tipo; ¿Existe una cuantificación negativa del injusto también en el segundo escalón de la construcción del hecho punible?

I. ¿DELIMITACION DE LA TIPICIDAD MEDIANTE MANDATOS? (CONGRUENCIA SOCIAL EN EL SENTIDO DE KLUG)

Ulrich Klug ha llamado la atención sobre el hecho de que un actuar ético-socialmente exigido no encaja en el tipo de prohibición aunque resulte abarcado por su tenor literal; no es típico, sin necesidad de justificarlo en el escalón de la antijuricidad. Medidas comerciales e industriales del director de una empresa «que realizan formalmente el elemento típico del perjuicio» no caen bajo el tipo de infidelidad (Untreue), «pese al peligro patrimonial existente», «si la medida en cuestión está exigida y es, por tanto, socialmente congruente» (5).

Esta argumentación valorativa puede ser extendida, de una parte, —con el mismo Klug— a otros tipos de prohibición; pero, de otra, también a mandatos situados más allá de las exigencias de acción caracterizadas por este autor como ético-sociales, que muchas veces también pueden derivarse del Derecho contractual. ¿Se trata *siempre*, así cabría preguntar, de limitaciones de la tipicidad cuando colisionan un mandato y una prohibición? (Estamos más bien acostumbrados a pre-

(4) Sobre ello, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 14 ss.; Schröder-LENCKNER, 21.ª ed., preámbulo a los parágrafos 13 ss., núms. 17 y 48, también para lo que sigue.

(5) KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, Festschr. f. Eb. Schmidt, págs. 249 ss., especialmente 260 ss. Dentro del concepto de «congruencia social», con efecto delimitativo de la tipicidad, incluye KLUG, además, el «punto de vista de la irrelevancia social», especialmente el del mínimo daño.

guntar aquí por justificaciones). Una respuesta afirmativa a la pregunta así formulada no podría proporcionarla el planteamiento de Klug. Pues se trata de exigencias que describen acciones que, precisamente mediante esta descripción, caen bajo la prohibición. Formulado de otra manera: ¡La acción exigida debe ser un caso de la acción prohibida!

En primer lugar: Este es excepcionalmente el caso. Los deberes de garantía y los mandatos que fundamentan los delitos de omisión propia en el StGB no pertenecen a este lugar. La salvación de una vida puede exigir unos daños, una coacción o unas lesiones, o las tres cosas; pero la evitación del resultado muerte no cae conceptualmente bajo tales tipos de prohibición. La autorización de acciones en sí prohibidas es una cuestión de las causas de justificación. No se trata de una colisión en abstracto, sino concreta, que ha de ser resuelta conforme a los criterios de las normas de autorización, especialmente conforme al principio de la necesidad.

Algo distinto ocurre, por ejemplo, con la orden de detención. Esta tiene por contenido precisamente la privación de libertad, es decir, una medida que cae bajo la prohibición de las detenciones ilegales. Aquí la materia de prohibición se ve «restringida» mediante la materia del mandato a un objeto de normación que, naturalmente, continúa siendo materia de prohibición (6). La orden de detención, sin embargo, no tiene este efecto de delimitación de la tipicidad, frente a otras prohibiciones; lo que puede emplearse como medio para llevar a cabo una privación de libertad no se orienta conforme a los principios de justificación. Y el secuestro de las cosas en litigio mediante una orden de ejecución no es, por supuesto, un acto arbitrario de fuerza que esté prohibido; pero puede realizar algún tipo penal.

Lo decisivo sigue siendo el punto de vista, que debemos a Klug, de que es ya un problema de la tipicidad si el contenido del mandato parece caer bajo la descripción de la materia de prohibición (7). Si la

(6) Lo contrario ocurre, por así decir, con la orden militar que tiene por objeto la realización de una materia de prohibición. Al menos en cuanto la orden alcance a acciones prohibidas aseguradas mediante penas, no es «vinculante». No existe en absoluto como imperativo jurídico de pretendida obediencia: La no obligatoriedad no constituye «causa de justificación», ni aquí ni en otras «causas de no obligatoriedad». Así, sin embargo, DREHER (*Schröder-Gedächtnisschrift*, pág. 377), que ha trasladado la supuesta «causa de justificación no obligatoriedad», configurada por él, desde el parágrafo 22 Código penal militar al parágrafo 113 IV StGB, en su nueva redacción.

(7) Lo que con anterioridad (*Normentheorie*, 1954, págs. 256 s.) vi, en parte, de otra manera, porque el principio de la necesidad interviene antes de la promulgación de este mandato. Para la estructura dogmática —aquí: para la cuestión de la configuración del tipo—, sin embargo, lo decisivo son los mandatos y las prohibiciones *existentes*, como tales. Que la delimitación de la materia de prohibición mediante mandatos puede jugar un papel también en el ámbito de la imprudencia comisiva, exactamente para la determinación de la acción contraria a cuidado, ha sido puesto de relieve por PAEFFGEN (*Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses und die allgemeine Irrtumslehre*, Berlín, 1979, pág. 140, nota 353).

ejecución de la orden de detención hace necesaria la privación de libertad y representa el medio más suave, no necesita ponderación alguna.

Con precaución, debe indicarse que los presupuestos de validez del mandato (como los de la prohibición), también en esta ocasión, representan «presupuestos de validez», de los que ha de tratarse después.

Para la faz subjetiva del tipo, debe exigirse que al dolo de realizar la acción (prohibida) se sume la *falta* de voluntad de realización respecto del acto exigido (p. ej., si con la privación de libertad no se persigue el internamiento en prisión preventiva).

Aquí, como en lo demás, estas restricciones de la tipicidad sólo son un subgrupo de la siguiente:

II. DELIMITACION DE LA TIPICIDAD MEDIANTE LA DESCRIPCION DE LA ACCION CONTRARIA (8)

Como ya expuse con anterioridad (9), el acto normado puede ser descrito de tal forma que se corresponda con la descripción de la acción *a*, mientras que se contrapone a la descripción de la acción *b*. La acción *b*, conceptualmente, es un supuesto del acto *a*. Si permanecemos dentro del ámbito de los tipos de prohibición, el añadido de un: «a no ser que», supone la descripción de una acción ulterior cuya concurrencia precisamente *excluye* la realización del tipo; lo que, a veces, puede adoptar la forma de una finalidad, una especie de intencionalidad concebida negativamente. Por ejemplo: «El almacenaje de venenos está prohibido, a no ser que se realice para fabricar abonos» (cfr. párrafo 326 StGB). El legislador emplea de forma creciente, tanto en el Derecho penal secundario como en el Código penal, conceptos como los de instalaciones o procedimientos «autorizados», «autorizaciones administrativas», «deberes administrativos» y descripciones por el estilo (10). El complicado sustrato regulativo así surgido —y más todavía las obligaciones administrativas que en relación con ellas se establecen— manifiesta frecuentemente la forma de «descripción de la acción contraria».

Para tales tipos de prohibición polifacéticos es, ahora, importante lo siguiente: El dolo sólo necesita extenderse sobre los momentos del acto que han de existir positivamente. Aquí —en el ejemplo anterior— basta la *ausencia* de intencionalidad de emplear el veneno para obtener abono. (En otro caso, *todo* almacenaje de veneno debería abarcar la inexistencia de *todas* las finalidades permitidas.)

(8) Véase, para la parecida problemática de la «ohne zu-Komponente» del delito imprudente, las consideraciones de ZIELINSKI (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, págs. 171 ss.).

(9) *Normentheorie*, págs. 251 ss.

(10) Cfr., p. ej., párrafos 109 g, párrafo 4 (*in fine*), 326, 327, 324, 328, 331, párrafo 3 StGB; párrafos 16, párrafo 1, núm. 1, AbfG, 53, párrafo 1 WaffG, 11 BtMG, 45 párrafo 1, AtomG, 62 párrafo 1, núm. 1 BImSchG.

Para evitar equívocos, debe distinguirse:

1. No se trata de «circunstancias de hecho concebidas negativamente», que tan familiares nos son; éstas sólo son momentos parciales de una descripción de acción, mientras que aquí se trata de la descripción del acto contrario (11).

2. El modelo de la descripción de la acción contraria parece adecuarse también a las *causas de justificación* (12). Sin embargo, las autorizaciones no pueden incluirse dentro del objeto de la norma. No sólo porque, por su dignidad como derecho a intervenir, se contraponen a las normas jurídicas de forma independiente, sino también porque sólo conforme a una ponderación valorativa de la situación concreta, según el principio de la necesidad, impiden el surgimiento del deber jurídico (13).

3. «Desde esta concepción», precisa acertadamente Roxin, «el consentimiento no debe ser entendido como causa de justificación, sino como excluyente de la tipicidad» (14). Con la exclusión del consentimiento, alcanza el ámbito de las causas de justificación contornos más claros.

Según este planteamiento, tampoco las *autorizaciones administrativas* son causas de justificación: De ser así, la intervención de la «autorización» sería lo normal en muchos delitos; conducir un automóvil no resulta justificado por el permiso de conducción. Se trata simplemente de la forma particular de ponderación de intereses realizada por leyes u otros preceptos jurídicos; la reserva de autorización permite comprobar en casos particulares si —y con qué obligación— coinciden éstos con la ley y sus propósitos. La autorización no otorga ningún derecho de intervención para los privilegiados por ella; lo que hace es establecer excepciones a la prohibición, delimitando la materia de prohibición. Sin embargo, los presupuestos jurídicos y fácticos, para su *eficacia jurídica*, no constituyen elementos típicos de la prohibición, sino presupuestos de validez (vid. *infra* V).

(11) Sobre esto, mis consideraciones en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln, 1982, págs. 49 s. (=JZ 1955, págs. 37 ss.). Si el tipo abarca «el almacenaje de venenos que no sean insecticidas», el dolo, evidentemente, ha de incluirlo, sea mediante la representación de que se trata de venenos contra las ratas o contra las plantas, sea mediante el conocimiento de que no se trata de insecticidas.

(12) Precisamente con esta reflexión defendí hasta 1950 la doctrina de los elementos negativos del tipo.

(13) ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 253 ss.; *Strafrechtsdogmatik*, págs. 54 ss., y *Welzel-Festschrift*, págs. 396 ss. (= *Strafrechtsdogmatik*, páginas 155 ss.).

(14) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín, 1973, pág. 25, nota 57; del mismo, ZStW 85, págs. 100 s.; ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, pág. 397, nota 9 (= *Strafrechtsdogmatik*, pág. 155); SCHMIDHÄUSER, AT, 2.ª ed. Tübingen, 1975, cap. 8, núms. 124-125; RUDOLPHI, ZStW 86, páginas 87 s.; KÜHNE, JZ 1979, pág. 242; HORN, SK, parágrafos 226 s., núm. 2; KIENITZ, *Der Mangel an Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträger*, 1970; MAURACH-ZIPP, AT I, 5.ª ed., 1977, págs. 236 s.

III. REGLAS PARA COMPLETAR LA TIPICIDAD

Así deben denominarse aquellos conceptos y cláusulas generales que sirven para cerrar los tipos «abiertos». La más importante de estas cláusulas y, a la vez, más discutible constitucionalmente, el apartado 2 del párrafo 240 StGB, ha sobrevivido a la reforma del Derecho penal. Ya en 1954, indicó Hilde Kaufmann que la regla de antijuricidad del párrafo 240 servía para completar y cerrar el tipo, tanto en la construcción del delito de dos escalones como en la de tres (15). Ella expuso también que el problema del error sobre las circunstancias relevantes para la valoración como «socialmente reprochable» se resuelve, por decirlo así, por sí misma, en base a la configuración del texto legal: «No es el juez quien puede poner en conexión teleológica el medio con el fin, sino que el mismo *autor* debe haber ordenado *sus* medios a *su* finalidad... Por tanto, los medios y finalidad abarcados por el dolo son el único sustrato material sobre el que la regla de antijuricidad puede ser aplicada» (16). La «materia de prohibición» sólo puede ser determinada con la ayuda del párrafo 2, que «no describe lo excepcionalmente no prohibido; no tratándose de una causa de justificación».

Mediante la valoración de que la acción coactiva es *por lo general* reprochable (no considerándose la concreta necesidad en orden a una finalidad aprobada) se constata la *tipicidad*. No habiendo lugar ni motivo adicional para un elemento de «reprochabilidad» especial «que abarque la antijuricidad» en el escalón de la antijuricidad (17). El error sobre la reprochabilidad es un error sobre el ámbito de la materia de prohibición (párrafo 17 StGB).

Frente a la materia de prohibición del párrafo 240, así «cerrada», conservan su función las causas de justificación. Las autorizaciones afectan a la ponderación de distintos bienes jurídicos, frecuentemente ya en relación con la finalidad, y, en cualquier caso, en relación con la elección del medio, según el principio de la *concreta* necesidad. También la coacción prohibida (reprochable) «en sí» puede estar autorizada como la medida menos nociva (necesaria), según los principios de justificación (18).

(15) HILDE KAUFMANN (*Viander-Grüter*), GA 1954, págs. 359 ss. Esta era y es también mi concepción.

(16) GA 1954, págs. 362 s. Lo que se corresponde en cierta manera con el entendimiento como «relación estrecha de medio a fin», desarrollada por ARZT (*Welzel-Festschrift*, pág. 833).

(17) Así, sin embargo, JESCHECK (AT, 3.^a ed., pág. 198), quien, por lo demás, comparte el punto de vista sostenido aquí.

(18) Este planteamiento se corresponde, en lo esencial, con la «teoría del escalonamiento material, desarrollada por HIRSCH (ZStW 82, págs. 286 s.; LK, 9.^a ed., preámbulo al párrafo 51, núms. 14 s., con exposición y discusión doctrinal). La diferencia externa es que —como en HILDE KAUFMANN— las causas de justificación no son en absoluto entendidas como casos del párrafo 240 II.

IV. ELEMENTOS DE LA AUTORIA

El desarrollo que se esperaba de los delitos especiales (19) ha seguido adelante, especialmente con las investigaciones de Langer (20) y Stratenwerth (21). La Dogmática sigue con considerable retraso el desarrollo histórico-jurídico que, desde hace tiempo, se había distanciado del «Derecho estamental» cuando el mismo Binding hablaba de «delitos estamentales», para caracterizar la esencia de los delitos especiales. El ámbito actual de los delitos especiales puede caracterizarse, de forma somera, mediante dos líneas de valoración: normación del comportamiento en base al ejercicio de una función y a relaciones de confianza; las raíces de la valoración y los puntos de conexión de la misma, por lo demás, son múltiples (22).

a) Estos aspectos valorativos, ciertamente, deben ante todo ser estructurados y delimitados dogmáticamente. En primer lugar: En el ámbito nuclear del Derecho penal no parece haber delitos con *puros* elementos de la autoría, sino sólo «interpretables», en el sentido de que el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y su acción o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular. Este fenómeno, ya conocido anteriormente, de la constatación simultánea de la cualidad del sujeto de la norma y de la acción normada —a veces mediante un concepto único y a veces mediante una complicada descripción—, lo he seguido en los delitos impropios de omisión (23). Lo mismo, sin embargo, vale también para los delitos de funcionario, en los que la caracterización de la función pública, como cualidad de la autoría, aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido (24). Así, la prevaricación presupone que el

(19) Armin KAUFMANN, ZStW 80, págs. 48 s. (= *Strafrechtsdogmatik*, página 242).

(20) *Das Sonderverbrechen*, Berlín, 1972, especialmente págs. 390 ss.; lo decisivo para él es la «modificación de un contenido de injusto» que aparece «limitado a un círculo restringido de personas».

(21) *Brunns-Festschrift*, Köln, 1978, págs. 59 ss.; AT, 3.ª ed., 1981, números 699 ss. y 201 s.

(22) Esta designación se corresponde en cierta manera también con los planteamientos de LANGER, SCHMIDHÄUSER (*Strafrecht*, 2.ª ed., 1975, cap. 8, núms. 81 ss., cap. 15, núms. 59 s.), y STRATENWERTH, constituyendo, en lo fundamental, una doctrina dominante.

(23) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 305 s.; cfr. *Normentheorie*, págs. 137 s.

(24) Cfr. Armin KAUFMANN, ZStW 80, págs. 48 s. (= *Strafrechtsdogmatik*, págs. 241 s.). Por eso es fundada la crítica de ROXIN a mis consideraciones anteriores sobre los delitos de funcionario (*Normentheorie*, págs. 149 ss.; en contra, ROXIN, *Offene Tatbestände*, págs. 66 ss.). El dolo del hecho debe abarcar todos los momentos caracterizadores de la acción y, con ello, también la función de la autoría tomada en cuenta. Entonces veía yo la «propiedad de funcionario» —de la forma en que todavía hoy corresponde

asunto jurídico a decidir cae en el ámbito del juez; un juez que actúa en otro asunto jurídico cualquiera, no realiza el parágrafo 336. Lo que puede decirse también, por ejemplo de los delitos militares; ya el concepto de «deserción» caracteriza la relación especial entre la cualidad del autor y su actuar.

Todo lo anterior no significa que no haya, o pueda haber, delitos especiales con «puros» elementos de la autoría. Pero, en el ámbito del ordenamiento constitucional, opuesto a todo Derecho estamental, sólo los encontraremos como delitos especiales de peligro abstracto, en los que el acento valorativo material no ha sido incluido en la configuración del tipo. (Por ejemplo, una prohibición para «todos los miembros varones del año X de abandonar la República Federal».)

b) Tampoco la demarcación del ámbito de las normas especiales ha sido aún aclarada. De una parte, se va muy lejos cuando supone Stratenwerth «que *todos* los delitos de omisión son delitos especiales» (25). Lo que, al menos en su generalidad, *no* alcanza a los delitos de omisión *propia*, y necesita, mejor, una clarificación caso por caso (26).

Por el contrario, no deben contabilizarse como delitos especiales aquellos elementos de la autoría que sólo caracterizan, fundamentando el injusto, la relación interpersonal de quienes toman parte en un acto (parágrafos 173, 175 StGB) (27). La delimitación discutida, depende aquí de la configuración de la norma, y ésta, a su vez, de la conexión con el bien jurídico que subyace al tipo penal (28).

a la caracterización común de los delitos especiales— como «puro» elemento de la autoría no interpretable, que sólo sirve para la caracterización del sujeto de la norma. Respecto a los resultados prácticos en los delitos especiales *consumados*, fue aquella controversia, como asimismo la tercera posición tomada por WELZEL («conocimiento» del elemento de la autoría), insignificante sin más.

(25) *Bruns-Festschrift*, pág. 67. Subrayado allí.

(26) El planteamiento de STRATENWERTH alcanza al parágrafo 142, expresamente tratado por él; no, en cambio, al parágrafo 138. En el parágrafo 323 c, la estimación de una norma especial depende de que se incluya en la interpretación de la ley la *presencia* en el accidente (véase *mi Unterlassungsdelikte*, pág. 305). De forma distinta, a su vez, LANGER, *Loc. cit.*, 498 ss., que incluye, en parte, delitos comunes dentro de ambos grupos de delitos de omisión.

(27) STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., núms. 203 y 701; cfr. SCHMIDHÄUSER, *Loc. cit.*, págs. 391 s.

(28) Respecto al parágrafo 173 StGB, puntualiza STRATENWERTH (*Bruns-Festschrift*, pág. 68): «La prohibición del yacimiento entre parientes vale sin más condición previa; si alguien carece del parentesco de sangre, se 'diluye' sin más». Posibles objeciones: 1. ¿Por qué frente a quién se «diluye» la prohibición, al carecer de parentesco sanguíneo, va a surgir una tentativa antijurídica si supone erróneamente el parentesco de sangre 2. Al revés: Para aquel que carece de hijos, ¿no se «diluye» también la correspondiente exigencia de garante?. El parágrafo 173 y la prohibición que le es implícita, mateniendo la correspondiente comprensión del bien jurídico, puede interpretarse también de otra forma: como prohibición de efectuar un incesto. De esta forma, la encargada del burdel de Hamburgo, que hizo yacer a los hermanos ignorantes, sería abarcada como autora de un delito común y la antijuricidad de la —hoy impune— tentativa inidónea no resultaría problemática; así, también Tribunal del imperio en materia penal 43,189 ss.

c) Dejando intactas las discutidas líneas de demarcación, sin embargo, pueden extraerse *consecuencias dogmáticas* para el ámbito, constatado en lo esencial, de los delitos especiales. (Los delitos con «puros» elementos de la autoría pueden, tras lo dicho, dejarse a un lado.)

1. El momento característico de estos delitos especiales, que establece una relación entre el autor y la acción (la mayoría de las veces el objeto del hecho), designa tanto al sujeto de la norma como también a la acción normada; se trata de un elemento del tipo.

2. El dolo del hecho, y su correspondiente en los delitos de omisión (el conocimiento de la situación típica), debe abarcar este elemento del tipo conforme a las reglas generales —aunque, a veces, éstas sean dudosas—, tanto los momentos que cualifican al autor como los que designan el hecho; la representación del autor ha de abarcar la total relación autor-objeto del hecho.

3. Si, objetivamente, falta algo de la relación autor-objeto del hecho pero, según la representación del autor, se da la total cualificación, debe *diferenciarse*: En consideración viene tanto la tentativa inidónea como el delito putativo, un problema que la mayoría de las veces pasa desapercibido.

Esta diferenciación, necesaria por causa de la «interpretabilidad», ya se ha establecido con anterioridad, sobre todo en los delitos de omisión impropia (29): El garante que, erróneamente, tiene a quien se ahoga por aquel que le ha sido confiado a su protección, comete una tentativa de omisión. Puesto que se dan los presupuestos de los que resulta la posición de garante como posición de autor, es sujeto de la norma; por eso existe para él un concreto deber de actuar. Aquél se encuentra frente a la situación de hecho como el autor que destruye una cosa de su pertenencia en la creencia de que está ante una propiedad ajena (30). De la misma forma que a éste le alcanza un deber de omitir, le alcanza a aquél un deber de actuar. Distinto es si quien omite supone, erróneamente, que en su persona concurren los presupuestos de la posición de garante; él piensa, por ejemplo, haber causado (antijurídicamente) el accidente en el que no interviene para salvar vidas. Este autor, por omisión, no es sujeto de la norma, en su persona no ha surgido deber alguno de evitar el resultado, en el sentido del parágrafo 13 StGB. La errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede sustituir a la ausencia del fundamento objetivo de su nacimiento.

Lo mismo vale para los delitos de comisión: el juez que erróneamente piensa que se le ha remitido un asunto jurídico que puede decidir con plena eficacia jurídica comete una tentativa de prevaricación si procede en consecuencia. Quien, por contra, supone erróneamente los presupuestos que, de existir, le otorgarían funciones judi-

(29) Armin KAUFFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 305 s.

(30) Cfr. STRATENWERTH, AT, núm. 700.

ciales en el sentido del párrafo 336 StGB, no es sujeto de la norma especial, no lesiona el deber jurídico que subyace al párrafo 336 StGB; lo que comete es un delito putativo. (También, naturalmente, si además de la citada errónea suposición de los presupuestos hubiese supuesto también la atribución de la cualidad de juez y la correspondiente lesión del deber jurídico.)

Contemplado desde la fórmula —simplificada— de la «relación autor-objeto del hecho», como se caracterizan la mayoría de los delitos especiales, por tanto, el error sobre *uno* de los elementos de la relación lleva a la tentativa: la errónea suposición de la concreta cualidad del *objeto* (confusión del objeto). El error sobre el otro elemento de la relación (errónea suposición de los presupuestos de la cualidad de *autor*) permanece fuera de consideración, en tanto que sólo con la presencia objetiva de la cualidad de autor puede nacer el concreto deber de hacer.

d) La llamada «tentativa del autor inidóneo» es *el acto de un hombre al que no alcanza deber jurídico alguno*, no lesionando, por tanto, ningún deber jurídico. Aunque lo *designa* como tentativa, la antijuricidad de su comportamiento no se deriva ni de la inversión del párrafo 16 StGB ni de la interpretación del párrafo 22 StGB: la infracción de la prohibición presupone siempre el párrafo 22 StGB. En tanto que en los demás casos no encontramos dificultad alguna para concluir desde la prohibición jurídica (y la valoración correspondiente que le subyace) la antijuricidad de la tentativa de emprender la acción prohibida —¡Tanto dentro como fuera del ámbito abarcado por la punibilidad de la tentativa!—, fracasa esta derivación en las normas especiales: Si falta la cualidad del sujeto especial de la norma, no nace el deber jurídico especial; el comportamiento no es (ni típico ni) antijurídico. Dicho gráficamente: la tentativa —junto con su actuación correspondiente— se ha producido, ciertamente por un error, en la cabeza del autor; pero el error sobre la cualidad de la cabeza en la que el error se ha producido —esa forma especial de ilusión no produce delito alguno (31).

V. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

La validez de toda norma jurídica depende de «condiciones» situadas más allá de ella misma, que no afectan a la descripción del objeto de la norma. Ciertamente, a toda norma, a todo imperativo jurídico,

(31) Sobre la impunidad del «autor inidóneo», en los últimos treinta años: BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 8.ª, 1977, pág. 527; FOTH, JR, 1965, pág. 371; HARDWIG, GA, 1957, pág. 175; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 151 s., *Unterlassungsdelikte*, pág. 305; KOHLRAUSCH-LANGE, 43.ª ed., 1961, preámbulo al párrafo 43 VI a; LANGER, *Loc. cit.*, pág. 498; Hellmuth MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 288; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., cap. 15, núms. 59 s.; STÖGER, *Versuch des untauglichen Täter*, 1961, págs. 68 ss. (78); STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., núm. 699, *Bruns-Festschrift*, págs. 59 ss.

le alcanza la pretensión de ser *vinculante*; precisamente es eso lo que le otorga carácter jurídico. Pero las condiciones, los presupuestos, las reglas de que depende la validez de la norma y, con ello, su existencia jurídica, preexisten a la norma y no son, por tanto, elementos del tipo delictivo.

a) Lo anterior no se discute en absoluto respecto de la norma que desarrolla una ley. Las reglas constitucionales sobre la promulgación de una ley y sobre las exigencias materiales que debe satisfacer no son elementos del tipo; el error sobre las mismas no alcanza al dolo del hecho, sino que es fuente de un error de prohibición (Tribunal Supremo Federal en materia penal 4,1 ss.). También, evidentemente, si se han supuesto erróneamente circunstancias que de existir habrían determinado, según la Constitución, la invalidez de la norma; asimismo este error sobre momentos puramente descriptivos o normativo-descriptivos, inapreciables por sí, puede llevar, a través de las correspondientes consecuencias deducidas por el autor, a un error de prohibición, en el sentido del parágrafo 17 StGB. Ya aquí se muestra que los presupuestos de validez no se pueden separar en un sustrato material, de una parte, con el que pueda relacionarse el dolo del hecho y una parte que afecte a la valoración total y, con ello, al conocimiento de la antijuricidad. Los presupuestos de validez son elementos de las reglas de competencia, que preexisten a la prohibición y a la materia de prohibición.

b) Lo que parece tan claro respecto a la ley pasa desapercibido o es visto de otra manera cuando se trata de aquellos imperativos jurídicos cuya existencia se debe a la *orden* de una autoridad o de un funcionario (actos administrativos, órdenes funcionariales, mandatos militares, mandamientos judiciales, etc.). Las reglas de competencia son aquí aún más polifacéticas, complicadas y numerosas; por la misma razón los defectos de competencia son más frecuentes, como más frecuente es también el error sobre la obligatoriedad de tal imperativo jurídico.

Lo que precisamente irrita en Derecho penal sobre este punto es que tomamos la pena de la ley penal; y en un tipo penal desarrollado desde la ley penal, sin más reflexión, aparece ya la orden administrativa misma, su infracción y, naturalmente, también sus presupuestos de validez, como elementos del siguiente tipo: quien infringe las órdenes de la autoridad A, B, C en las materias X, Y será castigado (cfr. p. ej., parágrafo 330, I, núm. 2).

Sin embargo, los tipos delictivos deben desarrollarse a partir de los mandatos y prohibiciones tomados en consideración; sólo así pueden obtenerse descripciones materiales de comportamiento bajo las que se pueda subsumir. Procediendo así, se manifiesta por sí mismo que la validez, la obligatoriedad del imperativo, es un problema especial; la eficacia jurídica de la orden depende de los hechos de que emana y de la competencia jurídica para obligar a otros de quien la da.

Incluso procediendo de otra manera, se impone la problemática de la validez de una u otra forma. La obligatoriedad del mandato militar aparece especialmente regulada en el parágrafo 22 Código penal militar; quien entienda la «no obligatoriedad» de la orden como «causa de justificación», reconocerá en cualquier caso el papel especial de la obligatoriedad, aunque lo haga mediante una caracterización y ordenación sustancialmente defectuosa.

Las reservas que sobre todo Roxin ha elevado contra la segregación de los presupuestos de validez no son, en definitiva, pertinentes (32). De una parte, está «en la naturaleza de las cosas» relacionar con el concepto «norma» la «relación de validez general»; el mandato al que falta esa relación no puede ser designado como «norma». Bien, hay órdenes militares que tienen validez frente a miles, y «normas legales» que alcanza a un solo órgano del Estado. Y los conceptos de mandato y obligación cubren, en cualquier caso, a todos los imperativos que ordenan hacer u omitir. No se trata de la terminología, sino del planteamiento teórico-jurídico.

También la segunda objeción, la remisión al art. 103, II, Constitución, fracasa: la taxatividad de la ley no aumenta o disminuye según que las reglas, ya existentes, se ordenen teóricamente de una forma u otra. Esto vale aquí y en todo lo demás, aunque frecuentemente tampoco se tenga en cuenta (33).

c) Mediante *autorizaciones* administrativas —incluidas las obligaciones que la mayoría de las veces le acompañan— se ven delimitados hoy en gran medida algunos tipos de prohibición, bien mediante circunstancias fácticas (concebidas negativamente) o características de la autoría, bien mediante la descripción de la acción contraria (vid. *supra*, II). Sin embargo, también la autorización administrativa contiene siempre el momento de la validez, de la *eficacia jurídica*. Se trata entonces de un presupuesto parcial de validez de la prohibición; se trata de la cuestión sobre la determinación del ámbito de lo prohibido. La eficacia jurídica de la autorización no es un elemento del tipo; la errónea suposición de la eficacia puede conducir a un error de prohibición; el error al revés, a un delito putativo. El dolo no se ve alcanzado (34).

d) También en los delitos *falsarios* se presenta la cuestión sobre la validez. La tarea dogmática es aquí doble: 1. Se debe realizar el tipo de comisión, incluida especialmente la caracterización de la per-

(32) ROXIN, *Offene Tatbestände*, págs. 62 ss.; contra Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 98 ss.

(33) En lo sustancial, la remisión a la taxatividad legal de los presupuestos de la punibilidad sigue siendo, por supuesto, digna de atención; sobre todo cuando, recientemente, en medida creciente, tipos delictivos (*Vergehen*) que conectan con una autorización administrativa, se hacen depender de un acto administrativo. Sobre esta «*accesoriedad jurídico-administrativa*», HORN, SK, preámbulo al parágrafo 324, núm. 7.

(34) A esta problemática no se sustrae tampoco quien desee tratar —en mi opinión erróneamente— las autorizaciones administrativas como causas de justificación.

sona que ha de recibir el testimonio falso; de tal forma que aquí se manifiesta el especial contenido de injusto del hecho mismo (¿competencia abstracta?), debiéndose relacionar con él el dolo del hecho, según las reglas generales (¿conocimiento de su significado!). 2. Además, se debe considerar que en el tipo de comisión sólo se comprende la lesión de la obligación de un testimonio adecuado a la verdad; en el aparente cumplimiento de esta obligación reside el especial contenido de injusto de la lesión del deber mediante un hacer activo. Detrás del tipo de comisión, por tanto, se encuentra el *deber de declarar verazmente*, el «deber de decir la verdad», en el sentido del Tribunal Supremo Federal que —en el ejemplo del testigo ante el Tribunal— nace a través de la invitación del juez. ¡Pero este deber de veracidad depende, en su existencia y ámbito, de la presencia de todos los presupuestos que el ordenamiento procesal ha establecido para ello! (Lo propio vale para el deber de jurar.) La consecuencia dogmática es clara: si no existe el deber de veracidad respecto al testimonio falso en cuestión, tampoco existirá delito de falso testimonio alguno consumado o intentado; la errónea suposición de los presupuestos de validez o del deber de veracidad mismo conduce al delito putativo (acertadamente, Tribunal Supremo Federal en materia penal 14, 345 ss., 350).

La separación de cuestiones emprendida en 1 y 2 se ve oscurecida por lo siguiente: la «instancia competente para recibir el juramento» es, al mismo tiempo, aquella cuya actividad procesal resulta esencial para el nacimiento del deber de veracidad y también ante la que se realiza el testimonio falso que, por tanto, resulta necesaria para la descripción del hecho comisivo (35). En *Teoría del Derecho* no existe en este caso especial ninguna objeción insuperable para incluso emplear todos los elementos de la validez como caracterización de la acción típica (destino del testimonio) y, con ello, como criterios de la tipicidad. ¡Si falta el deber de veracidad, tampoco se cuestionará delito alguno! Pero la inclusión de una serie de presupuestos procesales, concebidos positiva o negativamente, del deber de veracidad en el tipo del hecho comisivo punible, complicaría, sobre todo, el dolo correspondiente de una forma apenas superable; lo que para la constatación del desvalor de acción del falso testimonio no sería necesario. *Como sea que el tipo de comisión de los delitos de falso testimonio pueda ser concebido, el efecto de la ausencia del deber de veracidad no se ve por ello afectado.* Aquel cómic Tribunal de los referentes que hace «perjurar» a la limpiadora en un proceso civil supuesto no la hace «autora» de un perjurio intentado. El «nullum» procesal no constituye tampoco delito en el Derecho penal material (36).

(35) Lo que anteriormente (*Normentheorie*, págs. 100 s y 140) no hice con claridad.

(36) Lo propio vale también para quien realiza una aseveración bajo juramento del parágrafo 156 StGB; sólo que aquí no son siempre mandatos, sino, en parte, también prohibiciones las que forman el sustrato. Pero, en última instancia, también el «deber de veracidad» depende de la autorización en el concreto proceso, tanto en su existencia como en su ámbito. Cfr.

e) El *resultado*, desde la perspectiva *sustantiva*, es claro: los múltiples aspectos de los presupuestos de validez se corresponden con la multiplicidad de imperativos jurídicos, desde la prohibición de matar hasta el acto administrativo particular. Sin la preexistencia de los presupuestos de validez no surge deber jurídico alguno, ni la antijuricidad. El error se convierte en error de validez, en error sobre el deber jurídico; el error al revés, en delito putativo.

f) La *ordenación* en tres escalones de la construcción del hecho punible encuentra dificultades: está claro que sobre la validez ha de decidirse antes de que recaiga el juicio de antijuricidad definitivamente. Además, los presupuestos de validez deben ser estrictamente separados de las «circunstancias de hecho», en el sentido de «tipo legal» del parágrafo 16 StGB. La solución teórica-jurídica más clara es colocar los presupuestos de validez completamente al principio, según la siguiente divisa: sin norma legal válida no hay tipo legal (válido). Pero así como resulta sencillo para el examen de la validez conforme a la Constitución, resulta complicado respecto a los restantes presupuestos de validez; pues los tipos penales sólo excepcionalmente son desarrollados en relación con el correspondiente imperativo particular, ni por el legislador ni por la literatura (37). ¿No resulta entonces una simplificación adecuada y permitida la ordenación de los presupuestos de validez en el escalón de la antijuricidad? Precisamente se alcanzaría así claridad sobre las importantes consecuencias prácticas del error.

Sin embargo, estas ponderaciones de adecuación a finalidad que he seguido hace algún tiempo (últimamente *Unterlassungsdelikte*, página 135) conducen a fricciones e impiden, por ello, la deseada simplificación. Especialmente en las autorizaciones administrativas resulta claro que, por su efecto *delimitativo* de la tipicidad, no puedo comprobar la eficacia jurídica (validez) en el escalón de la antijuricidad (38). De tal forma que la simplificación sólo puede consistir en el planteamiento conforme a la teoría de las normas, sin excepción: *sin los presupuestos de validez no hay validez, sin validez no existe la norma ni se infringe norma alguna*.

El papel especial de los presupuestos de validez fue, por tanto, acentuado anteriormente con acierto por Welzel y por mí en su aspecto negativo: no pertenecen al tipo, como circunstancias típicas. La consideración completa del papel especial conduce, sin embargo, a no hacer residir en absoluto la problemática de la validez *dentro* de la

Tribunal Supremo Federal en materia penal, 14,345 ss. Cfr. también KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, pág. 120.

(37) En los delitos impropios de omisión donde, por razones totalmente distintas, es necesaria la construcción de tipos especiales de mandatos (de garantía), nunca se ha podido imponer este concepto hasta ahora.

(38) Si se siguen las reglas comunes, en el caso de la autorización no eficaz jurídicamente, la aplicación de esta delimitación de la tipicidad haría «desaparecer» la tipicidad; sin que se pudiera constatar ya —en el escalón de la antijuricidad— la invalidez de la limitación.

construcción del delito, *presuponiéndose* lógicamente. Lo que no implica algo así como abrir un cuarto escalón (esencial) en la construcción del delito (39). De la misma forma como el concepto de acción no es elemento o escalón en la construcción del delito, sino que se encuentra situado, como regulador, *detrás* del sistema, así se encuentra la cuestión de la validez *delante* de la construcción del delito: de la construcción del delito en tres escalones sólo forman parte normas y prescripciones jurídicas válidas. El delito, y con ello también el tipo, presupone que la norma es válida, preexistiendo objetivamente los presupuestos de validez. Sólo el *error* sobre la validez —siente sus raíces en un error fáctico o jurídico— produce sus efectos en la «construcción»; deviniendo relevante, como error de prohibición, en el «escalón» de la reprochabilidad.

VI. CAUSAS DE DISMINUCION DEL INJUSTO

Como «causa de disminución del injusto» puede designarse el —mal llamado— estado de necesidad «disculpante» (parágrafo 35 StGB) (40). Sin embargo, esta disminución del injusto *no* se efectúa por sí misma, porque sólo si se añade la disminución, legalmente presumida, de la capacidad de motivación, decaerá la punibilidad.

Recientemente, sin embargo, Hans-Ludwig Günther ha descubierto que aquí existe un «hueco» en la construcción del delito, no colmado hasta ahora; que existen, o al menos pueden existir, causas de disminución del injusto que *paralizan* el aumento del injusto indicado por el tipo penal (41). Mientras que las causas de justificación (autorizaciones) determinan la *cualidad* de un hecho típico, de forma que éste no es antijurídico y no existe un concreto deber jurídico de omitir o actuar, no modifican las causas de disminución del injusto la cualidad

(39) Que el concepto de acción no representa un escalón fundamental en la construcción del delito, sino que se encuentra «detrás del sistema», lo expuse ya con anterioridad (*Strafrechtsdogmatik*, pág. 21 ss. y 152). También la famosa «cuestión previa» acerca de si un complejo de comportamiento constituye acción u omisión, o dónde reside el acento, se resuelve por sí misma: Se subsume bajo un delito de comisión (y, eventualmente, bajo un delito de omisión). (Véase, SAMSON, *Welzel-Festschrift*, págs. 579 ss.). Mediante la correcta subsunción bajo un tipo de prohibición o un tipo de mandato correctamente entendidos, se llega al resultado correcto por sí mismo; si es necesario, el concurso de leyes impide la doble responsabilidad por un único resultado. (Si se pone el «acento en la omisión», podría ocurrir que, a falta de la posición de garante, se suponga erróneamente la impunidad; razón por la cual el examen de la tipicidad casi siempre se realiza antes de elegir dónde se va a poner el acento.)

(40) ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungdelikte*, págs. 152 ss., especialmente página 157; cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, 78, págs. 67 ss.

(41) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, 1983. El mismo Günther habla de «causas de exclusión del injusto penal». Sobre la cualidad de la «antijuricidad» y la cantidad del «injusto», acertadamente, SCHRÖDER-LENCKNER, 21.ª ed., preámbulo a los párrafos 13 ss., número 53.

de la acción como una antijurídica. Sin embargo, si se dan, impiden suponer aquella *cantidad* de injusto que corresponde al *grado* de injusto típicamente establecido y a la medida de la pena conectada con él. De esta forma no se ve afectado, en el sentido de Binding, el «delito», sino sólo el «crimen», la *punibilidad* de la infracción de la norma.

De ordenar correctamente las causas de disminución del injusto en el escalón de la antijuricidad —y no afectando a la delimitación de la tipicidad u otros presupuestos de la punibilidad—, deben *aproximarse*, en su estructura y valoración, a las causas de justificación: debe tratarse de ponderaciones básicas bajo los bienes jurídicos, a emprender según el principio de la concreta necesidad.

Las actuaciones en nombre de otro

Por EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO,

Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sobre el principio *societas delinquere non potest*: 1) Crítica a la personificación. 2) El funcionamiento real de las sociedades. 3) Las medidas de seguridad que afectan a sociedades.—III. La actuación en nombre de otro y el principio *societas delinquere non potest*.—IV. Génesis del artículo 15 bis del Código penal.—V. Los artículos 15 bis del Código penal y 31 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal.—VI. Naturaleza del artículo 15 bis del Código penal.—VII. Elementos típicos en el artículo 15 bis del Código penal: 1) Directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica. 2) Las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas por la «correspondiente figura del delito».—VIII. Propuesta de *lege ferenda* de una definición normativa de responsabilidad penal por actuaciones en nombre de otro.

I. INTRODUCCION

Las personas jurídicas (y por tanto, con más razón, las agrupaciones carentes de personalidad) no pueden delinquir. Este es un principio general aceptado por la legislación, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina iuspenalista española. De él se deriva, como es obvio, la imposibilidad de amenazar con penas y la de imponerlas a personas jurídicas. Por otra parte, incluso en la hipótesis de que ello no fuera así, la naturaleza de las penas más características y abundantes, las privativas de libertad, haría también imposible su ejecución sobre personas jurídicas.

Todo lo cual no quiere decir, sin embargo, que sea impracticable cuestionar dicho principio. Como así se ha hecho. Ni tampoco que sean inviables la previsión y la imposición de medidas de seguridad a tales personas, al margen de la existencia de responsabilidades administrativas o civiles en que comunmente se admite que sí pueden incurrir.

Y, con mayor evidencia todavía, significa menos aún que no se busquen y se hallen soluciones pragmáticas y legales para determinar

la responsabilidad penal de las personas físicas que actúen en nombre de las jurídicas.

Este último es el terreno en el que, primaria y fundamentalmente, se sitúa el problema del que voy a tratar: las convencionalmente llamadas «actuaciones en nombre de otro», desde la perspectiva del Derecho penal. Un problema cuyo tratamiento resulta especialmente oportuno tras la reciente introducción del artículo 15 bis en el Código penal (CP) y a la vista del artículo 31 de la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal* (PANCP):

El artículo 15 bis CP dispone:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente (*sic*), aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

Por su parte, el artículo 31 PANCP tiene la siguiente redacción:

«El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderán con arreglo a éste, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiese actuado.»

Ahora bien, porque se suele presentar la fórmula del «actuar en nombre de otro» como paliativo a los efectos indeseables del principio *societas delinquere non potest*, parece adecuado versar, aunque sea de manera breve, sobre el tema a que esta máxima se refiere.

II. SOBRE EL PRINCIPIO «SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST»

Como queda dicho, la doctrina española dominante rechaza la posibilidad de que las personas jurídicas delincan. Esta idea se apoya, exclusiva o acumulativamente, en tres argumentos referidos a un punto común. Que la persona jurídica es incapaz de: acción (jurídico-penal o humana), culpabilidad o pena.

Frente a las discrepancias, totales o parciales, que los anteriores argumentos suscitan entre los diversos autores, existe acuerdo en destacar que las personas jurídicas sirven de instrumento o cobertura para la comisión de numerosos delitos. Delitos en muchas ocasiones de antisocialidad y gravedad muy elevadas y, en todo caso, considerablemente favorecidos por la capacidad de sugestión, basada en su apariencia de seguridad, que tienen las personas jurídicas. Con el añadido de que en estos casos la individualización de la responsabilidad penal, esto es, la determinación de las personas físicas autoras de esos delitos, se ve

dificultada en notable grado, precisamente, por el revestimiento o la complejidad que ofrece la personificación al amparo de la cual se llevan a cabo.

De ahí que, entre otras reacciones ante tales hechos, surgidas en este como en diferentes ámbitos, en el doctrinal se haya dado la de un cierto número de autores que impugnan el principio *societas delinquere non potest* y buscan las vías para responsabilizar penalmente, por razón de delito, a las «sociedades».

A mi juicio, por encima y por delante de los argumentos dogmáticos que se esgrimen frente a esta última perspectiva, existen otros que conducen a la idea no ya de que las personas jurídicas no *pueden* cometer delitos y, en consecuencia, tampoco ser conminadas con penas, sino a la de que no *deben* estimarse penalmente responsables.

1) *Crítica a la personificación*

En primer lugar, conforme he expresado en precedente ocasión (1), conviene mantener una actitud de, al menos, acentuada suspicacia ante el fenómeno, históricamente expansivo, de las personificaciones.

Estas, en el terreno jurídico como en cualquier otro campo, aparte de a distintos fines, responden de manera constante a los siguientes objetivos: evitar o disminuir las responsabilidades en que puedan incurrir las personas físicas asociadas; robustecer el alcance y la efectividad de las decisiones adoptadas por quienes tienen el poder para hacerlo dentro de la asociación; y disciplinar o «normalizar» ciertos comportamientos de los incardinados en ella.

En mi opinión, estas tres notas características se encuentran en personificaciones muy diversas: en el «cuerpo místico» del que se reviste la Iglesia católica y en la corporalización medieval de la estructura de poder; en la personalidad jurídica atribuida al Estado por la Escuela Alemana de Derecho Público (o en la actualmente predicada para la Administración Pública) y en las modernas sociedades por acciones.

La función encubridora que, en el fondo, siempre cumple la personificación, no parece, en cuanto al Derecho penal concierne, que deba afrontarse con el expediente, simple y cómodo, pero conservador de esa función, de aceptar la personificación y tratar después de su responsabilidad. Antes al contrario, el Derecho penal debe operar de la forma inversa: tras rechazar la personificación, tratar de determinar con la máxima exactitud la responsabilidad penal de las personas que actuaron delictivamente al socaire de ella.

No cabe olvidar que el entretendido de pactos de contenido patrimonial (las más de las veces establecidos para preservar parte de los patrimonios individuales) o dirigidos a la organización del trabajo (en búsqueda de mayor efectividad en el logro del propósito societario),

(1) «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (RFUCM)*, núm. 57, 1979, p. 74.

que fundamentan el acogimiento del expediente personificador por otras ramas del Ordenamiento, no puede llevar a similar aceptación en el campo del Derecho penal, que carece de toda pretensión de regular positivamente la vida negocial (lo hace sólo en la forma negativa de prohibir comportamientos) o de establecer relaciones jurídicas (aunque puede referirse a ellas, igualmente de manera prohibitoria).

Frente a lo anterior, no cabe argüir una continuidad en el Ordenamiento, que demanda eliminar el contrasentido de admitir en algunas de sus ramas lo que en otra se rechaza. Porque cuando se destaca la paradoja —tildada de insalvable— en que se incurre al aceptar la personificación en, por ejemplo, los derechos civil o mercantil y, al tiempo, rechazarla en el penal, se olvida que la justificación de aquel acogimiento respecto de las personas jurídicas actualmente más caracterizadas, esto es, las sociedades anónimas, reside en la idea de limitar las responsabilidades de las personas físicas en ellas participantes, a través del criterio de que no se responde con el patrimonio de tales personas físicas, sino con el de la jurídica formado por las aportaciones individuales. Idea limitadora que no puede compartir el Derecho penal en cuanto a la responsabilidad a la que propiamente se refiere. Pues, en otro caso, sobre producirse un evidente relajamiento de la función preventiva encomendada a este sector del Ordenamiento y crearse una argucia legal, fácilmente accesible, para la elusión o amonramiento de la responsabilidad penal, sin base político-criminal que la justifique, habría que admitir, además, dentro de la lógica que sustenta el otorgamiento de la personificación, la supresión o atenuación de la responsabilidad de esta índole en que hayan podido incurrir las personas físicas asociadas, o que actúan por cuenta de la asociación, en virtud de que la misma debe recaer sobre la persona jurídica, pese a conocerse, o ser posible averiguar, la intervención que los individuos agrupados han tenido en la acción delictiva de que se trate.

La cuestión es que si admisible resulta el pacto limitador del riesgo sobre el propio patrimonio, máxime si con ello se fomenta el tráfico cuyo desenvolvimiento tiene atribuido una cierta rama del Ordenamiento (tal es el origen de las sociedades por acciones en relación con el Derecho mercantil), esa transacción no parece acogible, sin más, cuando de materia tan escasamente disponible como la responsabilidad penal se trata. Conforme queda indicado, ello tendría efectos devastadores sobre la función primera del Derecho penal: la prevención general.

Y si para evitar esos efectos lo que se propone es penar no sólo a la personificación, sino también a los individuos que actuaron a su amparo, la contradicción aparece entonces en la propia argumentación conducente a afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque, en efecto, lo que fundamenta su existencia dentro de una parte del Ordenamiento —la limitación de responsabilidades—, se transforma en lo contrario dentro de la parte penal de ese mismo Ordenamiento, esto es, en una extensión de la responsabilidad. Aparte de que si la idea fundamentadora de la afirmación de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas, consiste en la necesidad de penar a éstas para evitar la impunidad de los individuos protegidos por ella, está claro que no ha sucedido lo previsto, pues los individuos han resultado también punidos y la precisión de recurrir a la pena para la persona jurídica aparece infundada a la vista de que no ha concurrido su premisa.

Pudiera concluirse, sin embargo, que sólo cabría recurrir a la pena para la persona jurídica cuando no se hubiese podido individualizar la responsabilidad penal en su interior. Pero tal conclusión no puede aceptarse, porque la inseguridad jurídica que comporta resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho penal constitucionalmente amparados.

A mi entender, de acuerdo también con lo que he expresado en otro lugar (2), la inadmisión de las personas jurídicas en el ámbito penal frente a su aceptación en otras parcelas jurídicas, más que propiciar la extensión de este criterio al terreno de los delitos y las penas, representa una llamada de atención hacia las cautelas con que debe tratarse y la restrictividad con que debe emplearse la idea de personificación en esas otras partes del Derecho.

Cuando se acusa al Derecho penal de «irrealismo» porque, de un lado, no acepta lo que es una realidad en las demás ramas del Ordenamiento: las personas jurídicas y, de otro lado, con su negativa conduce a la consecuencia práctica de renunciar a ser instrumento adecuado para combatir la amplia y peligrosa criminalidad que se ha desarrollado al amparo de las sociedades (3), se ignora que esa «realidad» de las personificaciones es una realidad jurídica y, por tanto, jurídicamente manipulable en el sentido que se entienda más oportuno. Por ejemplo, en el de su reducción, en el de su mejor control y, sobre todo, en el de exigir la mayor claridad en su funcionamiento interno. Y se ignora también que el instrumento jurídico más adecuado para combatir esa criminalidad cubierta por el manto societario, es aquel al que incumbe regular las formas del nacimiento, establecimiento y desenvolvimiento de ese manto. Es decir, aquellas otras partes del Derecho, cuya intervención es previa a la penal y que, en gran medida, determinan las posibilidades de actuación de ésta. Como corresponde al carácter subsidiario, de última *ratio* del Ordenamiento, que debe ostentar el Derecho penal.

Más convincente que exigir del Derecho penal el acogimiento de lo que se afirma que le resulta dogmáticamente inacogible, es exigir de las demás disciplinas jurídicas que se doten de una regulación que impida al máximo la posibilidad de que se generen o se mantengan sociedades incubadoras de delitos y que doten al Derecho penal de los elementos adecuados para desentrañar el funcionamiento de las sociedades.

(2) *RFDUCM*, núm. 57, cit., pp. 75, *í.f.* 76.

(3) Así, ZUGALDÍA, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *Cuadernos de Política Criminal (CPCr)*, núm. 11, 1980, pp. 83-84.

Allí donde se ha creado el problema es donde, en primera instancia, hay que procurar resolverlo. Proceder al revés supone bien una suicida táctica del avestruz, bien un endoso incongruente, bien, por último, una expansión del irrealismo tan sólo favorecedora de aquellos dudosos objetivos y solapados intereses que antes señalaba como característicos de las personificaciones.

Al respecto, conviene tener presente lo que ha señalado Galgano, precisamente al referirse a la criminalidad económica (4): «Si, hoy como ayer, la sanción penal asusta bastante poco al burgués, ello no es sólo porque confía en la potencia corruptora del dinero o en la posibilidad de maniobra que su posición de poder le ofrece. La principal razón está dentro del Derecho, no fuera del mismo; es intrínseca a la estructura del derecho burgués. La cuestión reside en que éste concede con una mano lo que rechaza con la otra. La represión de la ilegalidad, articulada en sede de legislación penal, acaba por resultar vanificada por la legislación civil, por el progresivo afinamiento de ésta de cara a la exigencia, primaria en la sociedad capitalista, de promover el máximo desarrollo de la iniciativa económica, de favorecer con todos los incentivos el destino de la riqueza a la producción de nueva riqueza, o sea, a la máxima valoración del capital». Y no se trata, como, en cierta medida, parece apuntar el citado autor más adelante y, en todo caso, subyace a las propuestas de la doctrina penalista mejor elaboradas, de que el Derecho conceda con una mano (la civil, la mercantil, la laboral, la administrativa) la técnica de la personificación, que con la otra (la penal) rechaza, sino de que el Derecho concede con una mano (la penal) la posibilidad de exigir responsabilidades, que con la otra (las demás ramas del Ordenamiento) dificulta, a veces extraordinariamente, mediante una regulación de las personificaciones que no logra su transparencia interior y de actuación externa.

Desde estas perspectivas, la fórmula penal del actuar en nombre de otro» no se ofrece como un paliativo a los efectos indeseables del *societas delinquere non potest*, sino que, a partir del mantenimiento de este principio, lo que trata de paliar son efectos (más bien los defectos) que la despersonalización de los individuos, consecuente a la personificación de la sociedad, acarrea en el momento de particularizar la responsabilidad penal.

2) El funcionamiento real de las sociedades

La llamada al realismo que suele hacerse desde las tesis propiciadoras del acogimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene un efecto *boomerang* cuando se reclama la atención hacia el auténtico estado de las cosas en el interior de esas «personas».

Despejemos inicialmente un aspecto. Que yo sepa, el hecho de otorgar personalidad jurídica a una de las más formidables agrupacio-

(4) «Repressione penale e riforma civile», en *La Questione Criminale (QCr)*, núm. 3/1978, pp. 417-418.

nes que pueden actuar en una sociedad determinada, esto es, a la Administración Pública (una vez superado el inadmisibles concepto de Estado-persona), no ha engendrado en el Derecho penal problemas similares a los que se indican (generalmente acompañados de calificativos parecidos a «insuperables» en caso de mantenerse el principio *societas delinquere non potest*) respecto de otras personificaciones; singularmente de las mercantiles y, dentro de ellas, sobre todo de las sociedades anónimas.

La razón de ello posiblemente reside en que la elevada y fundada susceptibilidad de todos respecto a la actividad de la Administración, quien —no debe olvidarse— justifica su existencia por su condición de servidora social, de organización al servicio y en beneficio de los ciudadanos, lleva a reclamar, de manera sostenida en tiempo y cada vez mayor, el máximo de transparencia en el desenvolvimiento de dicha actividad. Lo que conduce a fórmulas similares a las empleadas en los artículos 103 y 106 de la Constitución. Con la consecuencia de que cuando, a tenor de esta última norma o, por ejemplo, de los artículos 40, 41, 42.1 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se señala la responsabilidad de la Administración por las lesiones que se hayan podido ocasionar con su actividad, se añade, como hace el citado artículo 42.1, que ello no obsta para exigir de los funcionarios públicos «la responsabilidad en que hubieren incurrido». Esto es, para individualizar la exigencia de responsabilidades.

Congruentes con ello, y no ya por el prurito de mantener el principio *societas delinquere non potest*, que, significativamente, nadie cuestiona en referencia a la Administración, las leyes penales, cuando aluden a delitos cometidos en la actividad administrativa, indican siempre como sujetos activos de los mismos a las autoridades o funcionarios públicos.

Y, sin embargo, con arreglo a las tesis propugnadoras de la concesión de relevancia jurídico-penal a las personificaciones, no debiera ser así. Si quienes las sostienen quieren ser coherentes con ellas, puesto que el Ordenamiento atribuye personalidad jurídica a la Administración, deberían ir pensando en las penas que cabría imponer a la Administración-persona.

Cojamos entonces un catálogo de las que por estos autores se apuntan como posibles para ser sufridas por personas jurídicas, en lugar de las clásicas cuya inviabilidad admiten: «prohibición de ejercer sus actividades en determinadas zonas del territorio nacional, disolución de la sociedad, suspensión de sus actividades en el territorio nacional si son extranjerías, pérdida de beneficios fiscales, multas, amonestación pública, amonestación privada, confiscación general o especial y, particularmente, confiscación de los beneficios obtenidos como consecuencia de la actividad delictiva, caución de buena conducta, prohibición de participar en marchas públicas, publicación por los medios de comunicación social de la sentencia condenatoria, ingerencia judicial, prohibición temporal o definitiva de ejercer ciertas actividades, aperci-

bimiento judicial, disolución, nombramiento de nuevos administradores públicos o privados, etc.» (5).

Como se ve, la mayor parte de ellas resultan inadmisibles como penas a imponer a la Administración-persona. Otra porción de las mismas conducen a similares consecuencias que las imponibles directamente a los funcionarios, con la diferencia de que, en su caso, originarían, evidentemente, efectos preventivos mucho menores al diluirse en la total organización administrativa; lo que si, por una parte, es absolutamente contradictorio con la naturaleza de la prevención especial (que, inexorablemente, demanda, en su actual entendimiento, la individualización), por otra, provoca una disminución innegable de la eficacia preventivo-general de la pena. Por último, algunas de las penas antes relacionadas vienen a coincidir con las consecuencias de la práctica normalizada de las responsabilidades políticas o disciplinarias; lo que pone en cuestión la necesidad de hacer entrar en juego al Ordenamiento punitivo y engendrar una, siempre criticable, huida hacia el Derecho penal.

Frente a ello, en la actualidad el Derecho penal se muestra aquí, en su relación con las actividades administrativas incriminadas (como con las judiciales de la misma índole, por poner otro ejemplo), apegado a la realidad. Al máximo de realidad que el aparato jurídico consiente. Como siempre, creo yo, debe hacer.

Igual criterio debe seguirse también con aquellas personificaciones que, en definitiva, han llevado a poner en duda las virtudes del principio *societas delinquere non potest*: aquéllas que lo aprovechan y lo hacen ver como simple «expresión de la fuerza de las leyes del poder económico» (6), es decir, las mercantiles y, singularmente, las sociedades anónimas.

Lo que se propicia no es desamparar a las sociedades mediante la abolición de aquel principio, sino desenmascarar a los individuos que se escudan tras ellas y las emplean en un solo sentido: el de lograr su exclusivo beneficio con el mínimo costo y el menor riesgo (incluido el penal). No hay que olvidar, en efecto, que «históricamente la clase mercantil e industrial ha conformado las sociedades, técnicamente hablando, en forma adecuada exclusivamente a su propio beneficio, otorgándose a la postre un estatuto privilegiado —piénsese sólo en la limitación de la responsabilidad patrimonial— del que están excluidos el resto de los mortales» (7). Por lo que debe actuarse, justamente, sobre esta tendencia y no sobre el instrumento de que se ha valido (la sociedad), que, pese a ello, puede resultar valioso dentro de un sistema espacio-temporalmente determinado.

(5) ZUGALDÍA, *CPCr*, núm. 11, cit., p. 77.

(6) En este sentido, BRICOLA, «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (RIDPP)*, 1970, p. 1031, cuyos planteamientos, sobre bases en muchas ocasiones suscribibles, deben, a mi juicio, invertirse en cuanto a sus conclusiones.

(7) C. LASARTE, «Notas sobre el derecho de asociación y la regulación jurídica de las asociaciones», en *La Ley*, Diario núm. 878, de 21-II-1984, p. 1.

En esta dirección se encuentra el planteamiento del problema hecho en nuestro país por Oliva (8). Una dirección (esta sí realista) que, como principio, significa averiguar el auténtico funcionamiento interior de esas personificaciones.

Ante todo, debe destacarse, con el indicado autor, que dentro de la empresa neocapitalista las decisiones se toman y se ponen en práctica de bien distinta manera a como el capitalismo presentó inicialmente esos cometidos en las sociedades anónimas. Lo que sirve para percibir que esta transformación comporta, precisamente, «una prevalente personalización de la responsabilidad de los administradores» (9). Y aunque tal realidad se manifiesta de forma diversa en las pequeñas que en las grandes empresas, en ambas tiene, efectivamente, una misma consecuencia: que «la responsabilidad penal por actos realizados al amparo de las sociedades anónimas, estará perfectamente individualizada» (10).

Así, por lo que a las pequeñas sociedades anónimas respecta, se comprueba que no lo son de capital, sino de personas o, si se quiere respetar la forma jurídica y el nombre, que no existe una manera colegiada de adoptar las decisiones, sino que bajo la pretextada «voluntad societaria», se halla la particular voluntad de uno o de muy pocos individuos. Por su parte, también está claro el fenómeno de aristocratización de la gran empresa, «donde una minoría de accionistas sostienen y apoyan a unos consejeros que, a su vez, nombran un consejero-delegado, el cual con sus directores generales hacen y deshacen, sin prácticamente ninguna cortapisa, más que conseguir el dividendo máximo para que la masa de capital se encuentre retribuida y siga desentendiéndose de los asuntos sociales, completando perfectamente el círculo de que estos gestores puedan seguir haciendo y deshaciendo a su antojo» (11).

De ahí que una Administración de Justicia dotada de los medios técnicos y personales adecuados y que pueda actuar apoyándose en un Derecho mercantil preocupado por impedir la creación de oscuridades y marañas en el funcionamiento interno de la empresa, podrá determinar individualizadamente la responsabilidad penal (sin necesidad del recurso a hacer pagar a justos por pecadores, que en tantas ocasiones subyace al castigo de las personificaciones). Responsabilidad individualizada, incluso, dentro de los órganos directivos. Como los consejos de administración; los cuales, conforme también ha demostrado Oliva (12), observan un funcionamiento cuyo examen en términos realistas permite destruir el efecto obnubilador buscado con la suplantación

(8) «Sobre el llamado delito financiero», en *RFDUCM*, núm. 43, 1972, pp. 7 y ss., tomando como punto de partida, precisamente, ideas apuntadas por BRICOLA en *RIDPP*, 1970, cit., para llegar a diferente conclusión.

(9) BRICOLA, *RIDPP*, 1970, cit., p. 1031.

(10) OLIVA, *RFDUCM*, núm. 43, cit., p. 28.

(11) OLIVA, *RFDUCM*, núm. 43, cit., p. 28.

(12) *RFDUCM*, núm. 43, cit., pp. 30 y 31.

ción de las voluntades individuales auténticamente operantes, por la ficticia «voluntad del órgano».

En consecuencia, nuevamente aquí la técnica de la fórmula del «actuar en nombre de otro» no se presenta como un paliativo al principio *societas delinquere non potest*, sino como un intento de superar en el ámbito penal los inconvenientes remitidos desde la esfera mercantil. Así, por ejemplo, el de estimar «quebrado» a la sociedad, sin poder extender el concepto al individuo o individuos que, desde el interior de la misma, la llevaron a la quiebra; ante lo que el Derecho penal, con la exigencia de responsabilidad al que ha «actuado en nombre de otro», acerca la inicial construcción jurídica a la realidad.

3) *Las medidas de seguridad que aceptan a sociedades*

Quisiera, por último, destacar cómo sin necesidad de prescindir del principio *societas delinquere non potest*, los fines que se reclaman con la reivindicación de la pena para las personas jurídicas pueden alcanzarse igualmente. En efecto:

El Derecho penal, en cuanto medio jurídico para la lucha contra el delito, dispone de dos instrumentos: las penas y las medidas de seguridad. Pues bien, en mi opinión, un prudente empleo de estas últimas en relación con las personas jurídicas o las agrupaciones, puede conducir a los mismos objetivos perseguidos con la batería de penas de nuevo cuño demandadas por los partidarios de las tesis que critico (13).

En diferente lugar (14) me he manifestado, y tratado de justificar tal punto de vista, en contra de las medidas de seguridad como instrumento penal, al tiempo que indicaba, como excepción al sistema monista de penas que entiendo preferible, la admisibilidad de aquellas medidas de seguridad referidas «a supuestos en los que, precisamente, la posibilidad de pena está excluida y respecto a los que, quizá por ello mismo, la medida ha demostrado su efectividad y, en consecuencia, su necesidad: ... me refiero a las medidas de seguridad sobre personas jurídicas (en función de la acción delictiva sintomática llevada a cabo por quien actúa en su nombre) y a las medidas aplicables a los inimputables» (15). En el primero de estos dos casos, tal vez resulte conveniente ir un poco más lejos y preguntarse si, realmente, se tratan de medidas de seguridad imponibles a personas jurídicas o, más bien, de medidas imponibles a personas físicas que, ello no obstante, afectan a entidades a través de las cuales aquéllas han realizado la conducta de-

(13) Una idea similar, referida al uso de sanciones administrativas, en BAJO, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 116-117.

(14) *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 46, i.f. 57 y 254-256.

(15) Añado: «en ambos casos: con ocasión de delito, con fundamento en la peligrosidad *criminal* y por tiempo determinado...». *Sobre el concepto...*, cit., p. 255.

lictiva que sirve de base para el inicio del pronóstico de peligrosidad y cuya subsistencia o mantenimiento en iguales términos a los poseídos hasta entonces, permite fundar el definitivo pronóstico de peligrosidad criminal, lo que justificaría, acaso (16), el recurso a la medida afectadora de la persona jurídica.

Resulta interesante reparar en que mientras la doctrina debate el criterio que pueda justificar la aplicación de medidas de seguridad a empresas o sociedades (peligrosidad objetiva, acción sintomática del que actúa en su nombre, peligrosidad de la cosa, etc.), la ley posee normas como la del párrafo último del artículo 452 bis c) CP, donde se dispone que

«a los proxenetes se les clausurará además el establecimiento donde hubiesen tenido lugar sus actividades»;

o la del párrafo segundo del número 2 del artículo 452 bis d), conforme a la cual

«El tribunal decretará, además de las referidas penas, el cierre temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido»;

o la del artículo 5.8.ª de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, donde se prevé como medida de seguridad la

«Clausura del local o establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a las obligaciones laborales de la empresa con el personal que preste servicios en el establecimiento».

Sin que en ninguno de estos casos suela plantearse si los establecimientos o locales a que aluden las normas reproducidas pertenecen a personas físicas o jurídicas, ni preguntarse, en este último supuesto (17), por el criterio justificador de la aplicación de una medida de seguridad a una persona jurídica.

Quizá el ruido de la estéril discusión doctrinal acabada de indicar, llevó a que el Proyecto de Código Penal (PCP) de 1980 dispusiera en su artículo 132:

«No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes.»

(16) Esto es, si, por una parte, con la imposición de la pena a la persona física no fuera suficiente para controlar su peligrosidad criminal (independientemente de la subsistencia o mantenimiento en iguales términos de la persona jurídica) y, por otra parte, la afección a la persona jurídica fuera absolutamente imprescindible para el control de tal peligrosidad. Ello al margen de que esas subsistencia o mantenimiento ofrezcan, en sí, rasgos incompatibles con el ordenamiento, en cuyo caso pueden acordarse bajo título diferente al de medida de seguridad (que debe indicarse expresamente), decisiones que les afecten.

(17) Referencia explícita a asociaciones se hace en la medida aplicable a las mismas prevista en el art. 265 C. p.

El carácter de cláusula general de esta declaración y su explícito acogimiento de la discrecionalidad, la convertían en un foco generador de inseguridad jurídica. Muy en consonancia, por cierto, con la rematadamente mala regulación de toda esta materia por parte del citado PCP de 1980. Por ello, estimo preferible el sistema seguido en la PANCP de 1983, donde, sin recurrir a la peligrosa técnica seguida en 1980, se contienen normas específicas (18) como las de los artículos 275.1 y 2 (19), 279.3 (20), 281 *in fine* (21), 283.2 (22), 284.2 (23), 298.4 (24), 299.3 (25), 302.2 y 4 (26) ó 304.3 (27), en todos los

(18) En este sentido se decantaba ya, aunque manteniendo una previa cláusula de autorización, la enmienda del «Grupo Comunista» del Congreso de los Diputados al art. 132 PCP/80: *Vid. Proyecto de Ley: Orgánica de Código penal. Enmiendas*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1981, pp. 316, i.f. 317, enmienda núm. 956. A pesar de que en el PCP/80 se limitaba el alcance de su art. 132 a través del 153, persistía la doble indeterminación a que he aludido en el texto. Además, el art. 132 resultaba también criticable en algún otro aspecto: *Vid. MIR, «Adiciones», a JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte General (en adelante P.G.)*, t. I, Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 312.

(19) Referido a delitos relativos a la propiedad industrial, dice: «En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Tribunal podrá autorizar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo», y añade: «En caso de habitualidad, se impondrá, además, al autor o a la empresa que represente, la pérdida de los derechos derivados del registro por un período de dos a cinco años o la prohibición de obtenerlos por el mismo tiempo».

(20) De contenido similar al del núm. 1 del art. 275.1, en este caso en relación a delitos publicitarios.

(21) Donde se dispone, respecto a delitos relativos a la alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia, que: «Si se tratase de una subasta oficial, se impondrá además al agente o a la persona o empresa por él representada la suspensión del derecho a contratar con la Administración Pública por un período de tres a cinco años».

(22) En relación con la alteración de precios, dice que: «cuando el delito fuere perpetrado con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública... se impondrá además al agente o a la persona o empresa por él representada la supresión de créditos, subvenciones, beneficios fiscales o cualquier otro apoyo oficial, económico o financiero, o la prohibición de obtenerlo durante un período de tres a cinco años».

(23) Respecto a prácticas anticompetitivas, dispone: «La habitualidad en esta conducta dará lugar a la aplicación de la medida de prohibición de otorgar nuevos contratos durante un plazo de hasta tres años».

(24) En materia de delitos contra la Hacienda Pública, dispone: «En caso de habitualidad, además de las penas señaladas, se impondrá al agente o a la persona por él representada, la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico o financiero, o bien la prohibición de obtenerlos durante un período de tres a cinco años...».

(25) Que remite al artículo anterior.

(26) En los que, aludiendo al contrabando, por una parte, se dice que: «En el caso de habitualidad se impondrá, además, al autor del hecho o a la persona por él representada, la pérdida de las licencias de importación o exportación o la prohibición de obtenerlas durante un período de uno a cinco años» y, por otra parte, se remite al reproducido art. 298.4.

(27) Que, en relación con el control de cambios, entre otras cosas dis-

cuales se previenen medidas de contenido idéntico a las penas reclamadas para las sociedades, una vez que hipotéticamente se hubiera abandonado el principio *societas delinquere non potest*.

Por el contrario, si este principio se mantiene y se aplican penas al que actúa delictivamente en nombre de otro y, en ocasiones, medidas

pone: «...en caso de habitualidad se impondrá, además, al agente o a la persona por él representada, la prohibición de obtener licencias de importación o exportación o para obtener divisas, durante un período de dos a cinco años». Obsérvese como en muchos de los artículos hasta aquí reproducidos al hablar del que actúa en representación de una persona no se matiza que ésta sea jurídica, por lo que cabe concluir que aluden tanto a los representantes de ellas como de las personas físicas, lo que, si contrario al actual art. 15 bis C. p., es congruente con la interpretación que entiende incluidos en el art. 31 PANCP a los representantes de tales personas físicas. Debe indicarse, además, que las «medidas» a que se refieren estos artículos, formalmente no parecen tales (si bien en algún caso —art. 284.2— se identifican expresamente con la denominación «medida»). A la regulación general de las medidas de seguridad dedica la PANCP 83 el tít. IV de su lib. I. Allí (art. 86) se enumeran las «medidas privativas de libertad» y las «no privativas de libertad», entre las que no se encuentran las que acabo de señalar. Por otra parte, para imponer una medida de seguridad es preciso (art. 87): comisión previa de un delito, mas pronóstico positivo de peligrosidad criminal futura, mas, por último, hallarse en alguno de los supuestos descritos en el cap. II del aludido tít. IV; pues bien, si el primero de estos requisitos concurre en el caso de las «medidas» a que ahora me refiero (aunque estrictamente no sé de cuándo se prevé su aplicación a personas jurídicas, pues quien delinquirió fue una persona física a ellas conectada), ni se demanda en los correspondientes artículos el segundo de ellos, ni los supuestos que tales artículos describen coinciden con los descritos en el citado cap. II, tít. IV, lib. I PANCP/83. Tampoco se hace previsión específica de aplicación de mecanismos, tales como cesación de la medida por desaparición de la peligrosidad criminal (art. 88.2), sustitución de la medida, durante su ejecución, por otra más adecuada (art. 90.1) o posibilidad de suspender la ejecución de la medida (art. 90.2), lo mismo que no se mencionan las consecuencias de un quebrantamiento de la medida (art. 91). También es cierto, sin embargo, que, en igual sentido formal, las «medidas» de referencia no se prevén con carácter general, ni por tanto se regula su aplicación y sus efectos con ese mismo carácter en el tít. III, lib. I PANCP/83, dedicado a tratar «De las penas». Ante esta situación cabe concluir: 1) si se les otorga consideración de medidas de seguridad específicas, debe reclamarse, cuando menos, la necesidad de emitir pronóstico positivo de criminalidad futura de quien delinquirió, en relación a actos similares a los calificados como delito y, además, la aplicación analógica de los mecanismos previstos en los arts. 88.2, 90 y 91 (supuesto que la proporcionalidad reclamada por el art. 88.1 se cumple en la previsión de su duración y que, en todo caso, ha operado en la tarea judicial de determinación dentro del marco construido en esa previsión); 2) si, conforme a una interpretación literal de los artículos que las contemplan, se entiende que los anteriores extremos no son de aplicación a estas «medidas», debe negárseles su auténtico carácter de tales e identificarlas con penas específicas de contenido aseguratorio, imponibles a posibles personas jurídicas («empresas»: arts. 275.2, 281 *i.f.* y 283.2; «persona representada», si es jurídica: art. 302.2), pese a que el autor del delito sea, en todo caso, una persona física, lo que si bien no supone fractura del principio *societas delinquere non potest*, sí rompe el argumento, según el cual la afirmación del anterior principio produce, como consecuencia, la de que tampoco se pueden aplicar penas a las «sociedades».

de seguridad que afectan al «otro» en cuyo nombre se ha actuado delictivamente, los objetivos perseguidos con su cuestionable eliminación no sólo pueden alcanzarse también, sino lograrse mejor.

III. LA ACTUACION EN NOMBRE DE OTRO Y EL PRINCIPIO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

El hecho de que, conforme se acaba de ver, no quepa conminar con penas a las personas jurídicas, sino, acaso, prever medidas de seguridad que les afecten, en modo alguno comporta la imposibilidad de penar a las personas físicas que actúan como órganos o representantes de aquéllas.

Sin embargo, la situación anterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (LORUPCP) —por la que se introdujo en este cuerpo legal el artículo 15 bis, al que después me referiré—, no permitía en todo caso dicha posibilidad.

Por gran número de autores se indicaba que, con carácter específico, algunos artículos del CP, como los 238, párrafo último (28), 319.3 o 499 bis, párrafo último, acogían (y todavía acogen) particulares casos de actuaciones en nombre de sociedades o empresas.

Por otra parte, ni existía ni existe dificultad dogmática alguna para estimar penalmente responsables a las personas físicas que actúan como órganos o miembros de los órganos de una entidad, en aquellos casos en los que el tipo correspondiente no exige especial cualidad para ser sujeto activo del delito. Esto ocurre, por ejemplo, en relación con el cheque en descubierto. En realidad, «las responsabilidades de tales órganos, independientemente de que se admita o no la capacidad delictiva de las personas jurídicas, se plantea como un problema de responsabilidad de personas individuales sin más» (29). Aquí lo que puede darse, en ocasiones, es un problema probatorio a la hora de averiguar la respectiva intervención de las personas físicas que hayan tomado parte o participado en el hecho, habida cuenta de la estructura que presente la entidad de que se trate.

(28) Con redacción singularmente desafortunada, pues, hasta cierto punto, permite fundamentar la admisión de la capacidad de delinquir de las agrupaciones: «Cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas...», aunque ello sirva para a continuación, decir que no se les imponen penas a las indicadas entidades, sino a personas físicas conectadas con las mismas. Una cuestión similar se planteó para el «delito fiscal» en la reforma del artículo 319 CP, donde la expresión «los delitos fiscales cometidos por sociedades...» fue eliminada a causa de una enmienda del «Grupo Parlamentario Comunista», precisamente para evitar la confusión a la que acabo de aludir: Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 360, nota 538.

(29) MUÑOZ CONDE, «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», en *Revue Internationale de Droit Pénal (RIIntDP)*, núm. 1/1978, p. 229 y en *CPCr*, núm. 3, 1977, p. 154.

Ahora bien, la imposibilidad de penar a quien actúa en nombre de una entidad, emergía en el momento en que el correspondiente tipo legal requiere una determinada cualidad para el sujeto activo del delito y esta cualidad, en función de las reglas provenientes de las ramas no penales del Ordenamiento, la ostenta la entidad y no la persona física que, como órgano o representante de ella, ha actuado. Es decir, en ciertos supuestos de delitos especiales.

Como el de quiebra cuando el «quebrado» es la personificación y no el individuo o individuos que han actuado en su nombre. En esta hipótesis, penar al representante —que no es el «quebrado»— implica una evidente violación del principio de tipicidad derivado del de legalidad (30) y penar a la sociedad «quebrada» está vedado por la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. La consecuencia es evidente: nos hallábamos ante una laguna de punibilidad.

Por lo insatisfactorio de la misma, la jurisprudencia española venía acogiendo lo que la doctrina alemana dio en llamar «consideración fáctica» —*faktischen Betrachtungsweise* (31). Cosa que hacía a partir de dos premisas: «a) la responsabilidad penal es aplicable únicamente a las personas físicas; b) de las infracciones llevadas a cabo en el seno de una sociedad mercantil responden los individuos integrantes de ésta». Premisas de las que extraía la conclusión de aplicar, por ejemplo, «los tipos de los artículos 520 y 521 a las acciones cometidas por las personas físicas componentes del comerciante social» (32).

Sin embargo, resulta claro que esta vía de solución únicamente podría admitirse cuando la cualidad requerida por el tipo para el sujeto activo pueda, efectivamente, atribuirse a las personas físicas que actúan por cuenta de la sociedad. Lo que dependerá de la configuración jurídica de ésta y, por tanto, de la forma en que se regule la responsabilidad de quienes integran sus órganos. Consecuentemente, en todos los casos en que esta responsabilidad se halla desvinculada de la que incumbe a la sociedad y no cabe atribuir a aquéllos las cualidades que sólo en ella se dan, la apuntada solución debe quedar descartada (33).

Si aceptable resultaba, pues, en supuestos de, por ejemplo, quiebras fraudulentas de sociedades civiles o mercantiles de corte personalista, ocurría lo contrario, esto es, la impunidad de la quiebra, en los casos de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

De ahí que se apuntaran otras vías para intentar colmar la referida laguna legal.

(30) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 153 *í.f.*

(31) Cfr. ROXIN, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, núm. marginal 2 al parágrafo 14, así como la jurisprudencia allí citada.

(32) Descripción de CÓRDOBA, «Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español», en VV. AA., *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975, pp. 121-122.

(33) Cfr. MUÑOZ CONDE, *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., p. 232, y *CPCr*, núm. 3, cit., p. 161.

Así, Muñoz Conde (34) indicaba las siguientes soluciones de *lege lata*:

a) Basarse en los artículos 238, párrafo último y 499, bis, párrafo último CP (35), en los que expresamente se recoge la responsabilidad de miembros de entidades por acciones desarrolladas a través de éstas (36), para extender el criterio que acogen a situaciones similares respecto de las que no estuviera prevista una cláusula semejante. Pero, como el propio autor reconoce, tras un detenido análisis, tal operación incurriría en una analogía *ad malam partem* prohibida.

b) Reinterpretar los tipos que requieren «especiales elementos personales» para el sujeto activo, de forma que también quepa atribuir esas cualidades a los individuos que actúan por cuenta de las entidades en quienes concurre la cualificación. Se trata, en definitiva, de la interpretación «fáctica o naturalista» seguida por el Tribunal Supremo a la que ya me he referido. Y, como antes decía, es una interpretación no admisible desde el punto de vista del principio de legalidad.

c) Dado que no es posible penar a las personas físicas como autoras de delitos especiales que demandan una cualificación ostentada por una entidad, restaría —y esta es la propuesta del autor (37)— la posibilidad de tratar de subsumir la conducta de aquellos individuos en otros tipos delictivos carentes de la exigencia de especiales elementos personales. Ciertamente, persistirían lagunas de punibilidad, pero serían menores.

A la vista de la impracticabilidad de las dos primeras propuestas y de la insuficiencia de la tercera que, además, en rigor no resulta satisfactoria, se imponía en la doctrina el patrocinio de soluciones de *lege ferenda*. Estas discurrían por dos posibles vías: la adopción de una cláusula genérica, situada en la Parte General del Código, de actuación en nombre de otro —al modo del parágrafo 14 del StGB alemán—, o bien —como ya parecía hacer el CP español en los casos antes citados (a los que se añadió el artículo 319.3) y preferían los derechos italiano y francés— prever específicamente para determinados

(34) *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., pp. 233 y ss., y *CPCr*, núm. 3, cit., páginas 162 y s.

(35) Habría que añadir, dentro de esta lógica, el artículo 319.3 CP, a cuyo proyecto aludía ya el autor en *CPCr*, núm. 3, cit., p. 162, nota 28. En cambio, ya no resulta válida la referencia del autor al párrafo 1.º del artículo 265 CP, que en su redacción actual (*Ley 82/1978*, de 28 de diciembre, «B.O.E.» número 11, de 12 de enero de 1979) deja de indicar la responsabilidad de personas físicas en relación con una entidad, para aludir a consecuencias directamente sobre esta última.

(36) Estas normas no han desaparecido tras la introducción en el CP del artículo 15 bis por la LO 8/1983, de 25 de junio («B.O.E.» núm. 152, de 27 de junio). Sí, en cambio, se propone su supresión en la PANCP/83: sobre la cuestión, *Vid. supra*.

(37) *RIntDP*, núm. 1/1978, cit., pp. 336 *i.f.* y ss. y *CPCr*, núm. 3, cit., pp. 168 y ss.

delitos o grupos de ellos la posibilidad de penar a la persona física que actúa en nombre de una entidad en la que concurre la cualificación exigida por el tipo (38).

De estos dos procedimientos, la LORUPCP ha preferido, a través de la adición al CP del artículo 15 bis, el de la cláusula general, aunque, conforme más adelante se dirá, en términos más restringidos que los del parágrafo 14 StGB alemán.

A esta elección probablemente han contribuido dos razones: en primer lugar, el excesivo casuismo al que parece conducir el otro sistema y, en segundo lugar, la consideración de que, por más minuciosamente que se quiera operar, ese sistema de previsión pormenorizada puede fácilmente desembocar en lagunas.

IV. GENESIS DEL ARTICULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

El artículo 15 bis CP proviene, en parte, del 35 PCP de 1980 (39), que decía así:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, responderá penalmente aunque no concurren en él, y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

A este proyecto de artículo el «Grupo Comunista» del Congreso propuso una enmienda (40) motivada por la razón de que: «Es preciso exigir en el representante la realización de un hecho que constituiría delito. La redacción del proyecto castiga al representante aunque no realice la acción básica del tipo». A su juicio, la nueva redacción debía ser la siguiente:

«El que, en calidad de directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito (o falta) si mediaren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto legal, responderá con arreglo a éste, siempre que las mismas concurren en la persona en cuyo nombre obrare.»

A! respecto, es interesante anotar que esta última formulación resulta casi idéntica a la del artículo 31 PANCP de 1983.

Por su parte, uno de los ponentes del Anteproyecto del que después sería PCP de 1980, Rodríguez Mourullo (41), ha señalado que:

(38) A favor del segundo sistema, MUÑOZ CONDE, *CPCr*, núm. 3, cit., p. 172; claramente partidario del sistema de cláusula general, SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, t. II: «Ley penal. El delito». Bosch, Barcelona, 1982, p. 250.

(39) *BOC. Congreso*, de 17 enero 1980.

(40) La núm. 893: *Vid. PLOCP. Enmiendas*, cit., p. 293.

(41) «Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español», en *VV. AA., La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 36-37.

«El artículo 35... cuya redacción se inspira en el artículo 14 de la nueva parte general del CP alemán... viene a colmar una importante laguna legal, repetidamente denunciada por nuestra doctrina... Como es sabido, cuando las condiciones para ser sujeto activo se dan en la persona representada..., pero no en el agente... la conclusión obligada, en virtud del principio de legalidad, es la atipicidad del comportamiento con la consiguiente, y no deseable, impunidad, salvo que la propia figura de delito contemplase específicamente el supuesto... El Proyecto resuelve el problema con carácter general mediante la disposición del artículo 35» (42).

Artículo que para Rodríguez Devesa (43) contiene una fórmula plausible y para Mir (44) se encuentra en la vía de la que estima «única solución definitiva» (la introducción de un precepto paralelo al parágrafo 14 *StGB* alemán) para el problema a que responde.

En cualquier caso, conforme antes apuntaba, el artículo 15 bis CP sólo reitera en parte el artículo 35 PCP de 1980. Porque, en el tránsito de uno a otro (y teniendo en cuenta que el Proyecto de LORUPCP proponía una redacción para el artículo 15 bis idéntica a la del 35 PCP de 1980, que sería modificada en sede parlamentaria), en primer lugar, se ha perdido la expresión «representación legal o voluntaria de otro», empleada por dicho artículo 35 y trasmutada en el vigente 15 bis en «representación legal o voluntaria de la misma», esto es, de la persona jurídica; y, en segundo lugar, la expresión «responderá penalmente» del artículo 35, se ha convertido en la de «responderá personalmente» que ahora utiliza el artículo 15 bis.

Imagino que esta última variación se debe, más que a otra cosa, a una errata en la transcripción, no recogida, sin embargo, en la corrección de las mismas aparecida en el «B. O. E.» núm. 175, de 23 de julio de 1983. Que se trata de una errata y no tiene mayor alcance, se deduce del proceso parlamentario seguido por la norma: así, mientras que en el Proyecto de LORUPCP remitido al Congreso figura todavía la expresión «responderá penalmente» (45) —al igual que, con anterioridad, en el texto elevado por el Ministerio de Justicia al Consejo de ministros (46)—, en el «Dictamen» de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso se transforma en «responderá personalmente» (47), sin que ello obedezca a acogimiento de enmienda alguna (48) e, incluso, pueda comprobarse que los intervinientes en las sesiones

(42) Estas mismas razones fueron, en su momento, las alegadas por la doctrina alemana para la creación, primero, del parágrafo 50 a) y, más tarde, del vigente parág. 14 *StGB*: Cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar*, 21. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, núm. marginal 1 al parágrafo 14 y ROXIN, en *Leipziger Kommentar*, cit. (en adelante, *LK*), núm. marginal 1 al parag. 14.

(43) *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 380.

(44) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., T. I, p. 311.

(45) *Vid. BOC. Congreso*, de 25 febrero 1983, p. 50.

(46) Pág. 23. Cuya remisión a las Cortes acordó este en su reunión del día 2 de febrero de 1983.

(47) *Vid. BOC. Congreso*, de 21 abril 1983, p. 62-44.

(48) *Vid. BOC. Congreso*, cit. en nota anterior, pp. 62-59 y ss.

de la citada Comisión empleaban el término «penalmente» (49). Por esta vía, la versión «responderá personalmente» se trasladará al texto aprobado por el Pleno del Congreso (50) y acabará, sin ser advertida tampoco por el Senado, en el B. O. E.».

En ninguno de los dos sentidos, errata e intrascendencia, ocurre lo propio con la transformación de la fórmula «representación legal o voluntaria de otro» en «representación legal o voluntaria de la misma». En el Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso figuraba la primera versión (51), que se cambió en la segunda por virtud del acuerdo al respecto, en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, de los grupos parlamentarios Socialista, Popular y Minoría Catalana (52). La modificación es importante, pues supone descartar del ámbito de aplicación del artículo 15 bis cualquier supuesto de representación legal o voluntaria que no esté referido a una persona jurídica. De esta suerte, el artículo 15 bis CP resulta mucho más restrictivo que el 35 PCP de 1980 respecto a su modelo, el parágrafo 14 *StGB alemán*. En efecto:

El artículo 35 PCP de 1980, tenía en un sentido menor alcance y en otro mayor que el parágrafo 14 *StGB alemán*.

Por una parte, aun cuando a semejanza de éste incluía la representación legal e, incluso, la voluntaria de una persona física, no aludía, en cambio, a otras hipótesis contempladas en el parágrafo 14. Como la del «encargado».

De ahí que el diputado comunista Pérez Royo, en nombre del «Grupo Parlamentario Mixto» del Congreso, sostuviera en el Pleno de la Cámara Baja, al debatir el artículo 15 bis de la Reforma de 1983 (que tampoco aludía al «encargado»), el incorporar a este artículo, junto al órgano y al representante, la figura del «encargado» acuñada por la jurisprudencia (53). Si bien debe notarse que en el momento de sostener esta inclusión ya se había suprimido del artículo 15 bis la referencia a «otro» distinto de una persona jurídica, por lo que la figura del «encargado» sólo habría podido referirse a una persona jurídica y no a personas físicas.

En cualquier caso, la argumentación para rechazar la inclusión del «encargado», argumentación que sostuvo el diputado socialista Sotillo Martín (54), fue, básicamente, que la figura del «encargado» se encontraba ya contemplada en la redacción del artículo 15 bis surgida de la Comisión, pues, a su juicio, en definitiva el «encargado» no es sino un representante voluntario o, incluso, un representante legal.

Volviendo al artículo 35 PCP de 1980, decía que, en otro sentido, resultaba más amplio que el parágrafo 14 *StGB alemán* que tomó como

(49) *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DS. Congreso)*, núm. 21/1983, p. 724.

(50) *Vid. BOC. Congreso*, de 4 mayo 1983, p. 62-72.

(51) *Vid. BOC. Congreso*, de 25 febrero 1983, p. 50.

(52) *Vid. DS. Congreso*, núm. 21/1983, pp. 723-724.

(53) *Vid. DS. Congreso*, núm. 29/1983, sesión del 21 de abril de 1983, página 1310.

(54) *Vid. DS. Congreso*, cit., en nota anterior, pp. 1310-1311.

modelo. Aludo con ello a que el proyectado artículo 35 incluía en su ámbito de aplicación al que actuare «en representación legal o voluntaria de otro», esto es, de personas físicas o jurídicas, sin restringir la representación, mientras que el parágrafo 14 StGB, aparte la representación legal, sólo admite algunos supuestos de representación voluntaria (55).

En este último aspecto es en el que el artículo 15 bis CP supone una radical —y conscientemente realizada— modificación respecto no sólo del artículo 35 PCP de 1980, sino, incluso, del Proyecto de LORUPCP remitido por el Gobierno a las Cortes para su inclusión en el CP. Pues, como queda dicho, el artículo 15 bis que aquél pretendía, era una copia del 35 pretendido por el PCP de 1980.

No hay aquí una simple cuestión de errata, como alguna transcripción apresurada pudiera dar a entender (56), dado que la nueva redacción obedece, según queda indicado, a posturas explícitamente mantenidas por los grupos parlamentarios durante la tramitación en el Congreso del Proyecto de LORUPCP.

Veamos brevemente lo ocurrido sobre el particular en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados en su sesión del día 15 de abril de 1983 (57).

El diputado socialista Sotillo Martín, en representación de su grupo parlamentario, dijo: «... el precepto, tal como aparece en el proyecto, extiende esa posibilidad a representaciones voluntarias de otro que parece fuera del marco de las personas jurídicas, que es en principio a lo que se quiere referir el proyecto. En este supuesto, nuestra fórmula para circunscribir el precepto a su intencionalidad de política criminal vendrá a sustituir la expresión 'de otro' por la expresión 'de la misma'... Con eso restringimos los efectos del precepto propuesto al ámbito de lo que estrictamente parece ser la intención del precepto, y no lo extendemos a otros supuestos en los cuales la representación

(55) Una parte de la doctrina alemana critica el hecho de que el parágrafo 14 no abarque todos los supuestos de representación voluntaria: así, WELSENER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Athenäum verlag, Frankfurt, 1971, pp. 14 y ss. y 185 y ss.; RIMMELSPACHER, «Strafrechtliche Organ; Vertreter und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel den Vollstreckungs vereitelung», en *Juristen Zeitung*, 1967, p. 479. Ambos autores con perspectiva «fáctica», como la aludida respecto a la jurisprudencia española, consideran que: 1) el parág. 14 es superfluo, pues una interpretación de «los correspondientes tipos también permite afirmar la responsabilidad penal del que actúa en nombre de otro; y 2) el parág. 14 resulta equivocado por restringir su ámbito de aplicación a sólo algunos casos de representación voluntaria. Por el contrario, otra parte de ésta doctrina cree que el parág. 14 ha ido demasiado lejos al abarcar también, aunque sólo sea en parte, la representación voluntaria: así, ROXIN, *LK*, cit., núm. marginal 4 al parág. 14 y nota 10 a este apartado.

(56) Así, QUINTERO, al analizar el contenido del vigente artículo 15 bis CP, sigue refiriéndose a la redacción que se proponía en el Proyecto de LORUPCP («representación legal o voluntaria de otro»): *Vid.* QUINTERO y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1983, p. 102.

(57) *Vid.* DS. Congreso, núm. 21/1983, pp. 723-724.

voluntaria de personas físicas tiene su ámbito de responsabilidad, puesto que el autor, persona física, si ha concurrido dolo o negligencia, responderá por la vía normal».

Por su parte, el diputado Ruiz Gallardón, en representación del «Grupo Popular» del Congreso, admite esa propuesta y colabora (con su solicitud de suprimir asimismo el término «entidad») a la versión definitiva del texto del artículo 15 bis, tal y como ahora aparece en el CP.

Finalmente, el diputado Trías de Bes i Serra acepta, en nombre del grupo parlamentario «Minoría Catalana», la enmienda «transaccional» y retira la que su grupo había presentado.

En suma, el vigente artículo 15 bis CP, resultado de este proceso parlamentario y, por ello, distinto del originalmente contenido en el Proyecto elaborado por el Gobierno, restringe la responsabilidad de que trata a la esfera de la representación legal o voluntaria de una persona jurídica y deja de lado todo supuesto de representación legal o voluntaria de personas físicas o agrupaciones sin personalidad jurídica. En este sentido, su ámbito de aplicación es menos amplio que el del párrafo 14 StGB alemán y que el, todavía mayor, del artículo 35 PCP de 1980.

Sin embargo, la modificación parlamentaria lo hace más amplio que aquél en un punto: en el de que, respecto a la persona jurídica, admite la responsabilidad en todo caso de representación voluntaria de la misma (58). Sobre el sentido que pueda tener este criterio, trataré más adelante.

Pudiera decirse, tras la anterior ojeada a los vaivenes experimentados por la regulación de las «actuaciones en nombre de otro», algo parecido a lo que señala críticamente Roxin (59) respecto del párrafo 14 StGB alemán: que lo sucedido muestra cómo el legislador carece de una concepción general sobre el tema, fruto de la insuficiencia de la reflexión científica sobre esta materia. Sería deseable, por consiguiente, un estudio más profundo de lo que realmente se quiere evitar desde el punto de vista político-criminal: si únicamente la impunidad, en el caso de delitos especiales propios, de los hechos cometidos al socaire de una persona jurídica; si también las dificultades de punición en los casos de las llamadas «uniones sin personalidad jurídica» (60); o si, además, se quieren evitar lagunas de punibilidad respecto de quien actúa en nombre o a favor de una persona física y realiza acciones típicas de comisión de un delito especial propio, cuya norma previsor

(58) En realidad, el artículo 15 bis CP recuerda al parág. 13 del Proyecto Alternativo alemán, en el que se limitaba su aplicación a supuestos de representación legal o voluntaria de personas jurídicas.

(59) En *LK*, cit., núm. marginal 5 al parág. 14.

(60) *Vid.* VV. AA. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1983, p. 54.

(61) También el PCP/80 conservaba las previsiones específicas del primero y del tercero de estos supuestos (*Vid.* arts. 544. penúltimo párr. y 538 del PCP/80). La PANCP/83, en cambio, las suprime.

no se le puede aplicar, como autor, por no reunir la cualificación necesaria.

Antes de terminar el presente apartado, quiero todavía resaltar que la LORUPCP ha dejado incólume el texto de los últimos párrafos de los artículos 238, 319 y 499 bis (61). La cuestión es si ello significa que en relación con los dos sistemas apuntados más atrás, el de cláusula genérica en la Parte General y el de previsión pormenorizada en los tipos de la Parte Especial, se ha optado por seguir ambos (62).

No lo creo así. A mi juicio, el mantenimiento de los citados preceptos —si bien con una redacción más afortunada en aquellos casos, como el del artículo 319.3, en que la ley se aproxima, si es que no se identifica, a una presunción de responsabilidad incompatible con los fundamentos constitucionales del Derecho penal— no interfiere en la introducción del artículo 15 bis. La razón es que, en realidad, lo solventado por esas normas no son lagunas de punibilidad en casos de delitos especiales propios respecto de los que la cualidad exigida para el sujeto activo la ostenta una persona jurídica. «Son —dirá Bajo refiriéndose a los contenidos en el artículo 499 bis (63)— delitos comunes, en el sentido de que pueden ser realizados por cualquiera, a excepción de la figura delictiva a que se refiere el número 1 en el que sólo puede ser sujeto activo el empresario». Idea de que son delitos comunes que, a mi juicio, puede extenderse sin dificultad alguna a los supuestos contemplados por el artículo 238 CP. Y, aunque más debatida es la cuestión (64), también a los del 319 CP. Ocurre, sin embargo, que en ocasiones la desobediencia a órdenes expresas del Gobierno referidas a fabricación de materias, la elusión del pago de impuestos o una cesión de mano de obra desestabilizadora del empleo, por ejemplo, pueden llevarse a cabo en relación estricta con una entidad. En cuyo caso, no sobra, pese a no ser por completo inexcusable, que se advierta que responderán penalmente los miembros de los órganos o los representantes de tal entidad. Pero ello no interfiere con el intento de solventar el problema referido a la extensión del alcance de los delitos especiales propios a quien no reúne la cualidad personal exigida por los mismos que, en cambio, es ostentada por una persona

(62) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Universidad de Cádiz, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Jerez de la Frontera, 1982, p. 30, entiende que en PCP/80 optó por la vía del precepto general.

(63) *Derecho penal económico...*, cit., p. 536. La idea de que se trata de delitos comunes se puede extender, a mi juicio, al artículo 238 CP.

(64) *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, cit., pp. 296 y ss., con exposición de las diferentes posturas mantenidas por la doctrina. Téngase en cuenta que el problema podía resolverse de diferente manera antes que después de la reforma del artículo 319 CP por la Ley 50/1977: *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Civitas, Madrid, 1974, p. 70 y «El nuevo delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero*, números 15-16, 1977, p. 709. Adviértase también que su supresión o no en el PCP/80, la LORU-PCP/83 y la PANCP/83, habida cuenta de los respectivos artículos 35, 15 bis y 31, no implica una explicación unívoca: *Vid.*, p. ej., MARTÍNEZ PÉREZ, *Ob. cit.*, p. 406, frente a lo que más adelante indico en el texto.

jurídica. Problema al que procura dar salida la fórmula de las «actuaciones en nombre de otro» que se recoge en el artículo 15 bis CP.

A mi entender, el mantenimiento de las normas en cuestión, más que ayudar a cubrir lagunas de punibilidad —cosa que, en cambio, sí hace el artículo 15 bis—, tiene como efecto principal el de subrayar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (65).

Ahora bien, habida cuenta de que su eliminación no comportaría más problema que el de la prueba (¡aunque, en ocasiones, no es nimio problema!), no hay inconveniente dogmático para su desaparición, al tiempo que se dispone del artículo 15 bis. Porque, en efecto, si tal ocurriera no se esfumaría con ello la general posibilidad de hacer responder a los directivos u órganos de las personas jurídicas, por hechos cometidos bajo su revestimiento, siempre y cuando se trate de delitos comunes. Si, diferentemente, se piensa que todos o parte de los indicados delitos son especiales propios y de su tipificación se pueden derivar auténticos supuestos de «actuaciones en nombre de otro», la supresión de los indicados párrafos viene aconsejada por la existencia de la cláusula general recogida en el artículo 15 bis que, con ese carácter de generalidad, solventa, precisamente, tales supuestos.

V. LOS ARTICULOS 15 BIS DEL CODIGO PENAL Y 31 DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL

Interesante parece, antes de pasar a indicar algunos criterios de interpretación del artículo 15 bis CP, compararlo brevemente con su homólogo, el artículo 31, de la PANCP recientemente sometida por el Ministerio de Justicia a la opinión pública.

Según el artículo 15 bis CP:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente (*sic*), aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

Por su parte, la mentada PANCP patrocina el siguiente texto para su artículo 31:

«El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquél las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderá con arreglo a éste, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado.»

Conforme se ve, la diferencia fundamental entre ambos reside en que mientras el 15 bis alude tan sólo a la responsabilidad penal (no

(65) En cierto sentido, de manera similar, BAJO, *Derecho penal económico...*, cit., p. 113, y MIR, «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. I., pp. 308-309.

«personal», como por errata dice su texto) del que actúa en nombre o en interés de una persona jurídica, el artículo 31 es más amplio al abarcar, además de la anterior, también la responsabilidad penal de los representantes legales o voluntarios «de otro», esto es, de persona física o jurídica. No, en cambio, de «uniones sin personalidad jurídica», habida cuenta de que, más tarde, alude a la concurrencia «en la *persona*» en cuyo nombre se hubiere actuado» de las «condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal» (66).

De acuerdo con lo anterior, el artículo 31 proyectado permitirá, de prosperar, solventar el problema, por ejemplo, de la responsabilidad penal del representante que oculta bienes de un menor o de un incapacitado en perjuicio de los acreedores. Problema que, en cambio, no cabe en los márgenes del actual artículo 15 bis.

Puede decirse, en consecuencia, que el artículo 31 PANCP se acerca más al parágrafo 14 StGB alemán que el vigente artículo 15 bis e, incluso, que, por las mismas razones apuntadas cuando me he referido al artículo 35 PCP de 1980, su ámbito de aplicación es mayor que el poseído por el indicado parágrafo.

Igualmente, debe hacerse notar el impacto en la redacción del artículo 31 PANCP, de la enmienda presentada en su día por el «Grupo Parlamentario Comunista» del Congreso al artículo 35 PCP de 1980, en el sentido de buscar el reflejo en dicha redacción de la exigencia de que el representante realice la «acción básica del tipo», matiz del que también adolece el artículo 15 bis CP.

Finalmente, en el artículo 31 PANCP se evita dejar a la sugestión del intérprete la decisión de si el término «delito» se emplea en sentido estricto o bien en sentido amplio abarcador tanto del delito como de la falta. Cosa que, en cambio, ocurre en el artículo 15 bis CP. En aquél, y ello es —parece— también efecto de la citada enmienda al PCP de 1980 —que a pesar de no motivar dicho extremo, sí lo contenía, siquiera fuera entre paréntesis—, se habla expresamente de «delito o falta».

VI. NATURALEZA DEL ARTICULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

Coincide la doctrina alemana en afirmar que el parágrafo 14 StGB constituye una causa de extensión de la punibilidad a supuestos que,

(66) El artículo 35 PCP/80, se refería al «directivo u órgano de una *persona jurídica*» y al representante legal o voluntario «de otro» (por tanto, persona jurídica o física, ¿y también agrupación no personificada?) y, a continuación, hablaba de la concurrencia de las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas «en la *entidad* o persona»: ¿podía interpretarse el término «entidad» como sólo alusivo a persona jurídica, mientras con el de «persona» se hacía referencia a persona física, o cabía entender que «persona» era tanto la física como la jurídica y «entidad» las uniones sin personalidad? En cualquier caso, las cuestiones quedaban abiertas a la sugestión del intérprete, a diferencia de lo que ocurre con los artículos 15 bis CP y 31 PANCP/83, en los que, con claridad, no se admiten las asociaciones carentes de personalidad jurídica.

de no existir esa norma, quedarían impunes (67). Esta opinión viene a ser también la de gran parte de la doctrina española. Valgan como muestra las siguientes palabras de Mir (68): «Exite un supuesto en que no es fácil evitar una injustificada impunidad de los verdaderos responsables sin una expresa regulación legal: los *delitos especiales* (propios) cometidos formalmente por una persona jurídica, cuando sólo en ésta concurren las condiciones personales de autoría requeridas por la ley ... En este caso, según una importante doctrina, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica implica la impunidad de los auténticos responsables de su actuación, ya que no pueden ser autores del delito por carecer de las condiciones exigidas para ello, ni partícipes del hecho de la persona jurídica por no constituir éste ... una *acción* penada por la ley. El Derecho penal alemán ha dado solución al problema previniendo un precepto (actualmente el parágrafo 14 del *StGB*) destinado al 'actuar por otro' ... Este es el único camino de solución plenamente satisfactorio y que debería seguirse en nuestro país».

Cabría, pues, decir que, de la misma manera que el parágrafo 14 *StGB* alemán, el artículo 15 bis CP es una causa de extensión de la punibilidad de determinados delitos especiales propios a sujetos en principio *extranei* por no reunir la cualificación personal exigida por los tipos legales de esos delitos, cualificación que, en cambio, concurre en la persona jurídica de la que dichos *extranei* son directivos, órganos o representantes legales o voluntarios.

Sentado lo anterior, la doctrina alemana se apresta a indagar el fundamento de esta extensión de la punibilidad. Lo que si desde un punto de vista político-criminal resulta claro: evitar la impunidad a que aboca en tales casos la vigencia del principio de legalidad, no parece igualmente diáfano en el terreno dogmático.

En opinión de Roxin (69), el parágrafo 14 *StGB* alemán se basa en la consideración, extendida en el ámbito del tráfico económico, de que cualquier persona puede cumplir los deberes que corresponden a otro. Ello se justifica en el caso de sociedades mercantiles personificadas, por la circunstancia de que «estas personas jurídicas necesariamente actúan siempre a través de personas físicas» (70) y en el caso de

(67) Cfr. ROXIN, en *LK*, cit., núm. marginal 1 al parág. 14 (*Strafausehnungsgrund*); DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 40. neuarbeitete Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981, número marginal 1 al parág. 14: «El parágrafo 14 extiende el círculo de autores cualificados, en supuestos de delitos especiales, a otros que sin estar comprendidos en él actúan en beneficio del cualificado»; también núm. marginal 19: «ampliación del círculo de autores cualificados en supuestos de delitos especiales»; LENCKNER, en *Schönke-Schöder, Kommentar*, cit., núm. marginal 1 al parágrafo 14.

(68) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. I, pp. 310-311; cursivas en el original.

(69) En *LK*, cit., núms. marginales 9, 10 y 11 al parág. 14.

(70) *Vid. Alternativ Entwurf eines StGB. Allgemeiner Teil*, 2. verbesserte Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Sieck), Tübingen, 1969, p. 49.

la representación de otro, por la incapacidad jurídica de obrar del representado. A partir de ahí —continúa diciendo Roxin— el parágrafo 14 *StGB* extrae las consecuencias penales de «la posibilidad de sustitución en el cumplimiento de un círculo de deberes» (71).

En definitiva —concluye Roxin— estamos ante un precepto (el parágrafo 14 *StGB*) que se refiere a lo que el autor alemán denomina *Pflichtdelikte*, o delitos consistentes en la infracción de un deber, a los que resulta aplicable a condición de que concurren dos requisitos: 1) que, con independencia del parágrafo 14, la norma penal correspondiente no pueda aplicarse, según su texto, directamente al actuar en nombre de otro; y 2) que, por su misma naturaleza, el círculo de deberes del originariamente obligado pueda ser cumplido igualmente por otro. De este segundo requisito se deducirá que debe descartarse la aplicación del parágrafo 14 a supuestos de delitos de cargo (*Amtsdelikte*).

Esta idea, que funda la extensión de la punibilidad al *extraneus* (directivo, órgano o representante de la persona jurídica y, en el caso alemán, de la física también) en que éste se subroga en el cumplimiento de los deberes que, inicialmente, ha de atender otro, sólo se sostiene si, con Roxin (72), se admite la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, esto es, aquéllos en los que «el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias derivadas del papel social que desempeña».

No alejada de la anterior explicación, existe otra que, por ejemplo, con Schünemann (73), tiende a ver en la cláusula general del «actuar

(71) WIESENER, *Die strafrechtliche...*, cit., p. 171.

(72) *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl., Cram., de Gruyter and Co., Hamburg, 1967, pp. 352 y ss.

(73) *Vid.* «Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», en *Wistra. Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, Heft 2, 1982, pp. 41 y ss. Según el autor (p. 46), tras investigarse la función político-criminal que cumplen las características de autor en los delitos especiales, hay que comprobar si es posible extenderlas a la conducta de un sustituto (representante). De donde deduce que el ámbito de la responsabilidad del representante, en estos casos viene dado por esas especiales características típicas de autor descriptoras de una relación de dominio (más concretamente, en la conocida forma de dominio sobre el desamparo del bien jurídico amenazado) que equivale a la del garante sobre la causa del resultado. «La responsabilidad penal del representante —dice— se muestra... como un caso normal de aceptación de una posición de garante y los requisitos particulares de esta asunción, así como su ámbito de extensión, son, por lo tanto, fundamentalmente determinables de la misma forma que en los delitos de comisión por omisión». A lo que más adelante (p. 47), añade: «Esta identificación, relativa a sus estructuras lógico-objetivas, de la responsabilidad del representante con la responsabilidad por omisión, encuentra sus límites, en consideración al principio constitucional *nulla poena sine lege...* en la letra del parágrafo 14». «De *lege ferenda* —concluye— debe exigirse que la naturaleza de la responsabilidad del representante, en cuanto caso especial de responsabilidad de un garante, sea legalmente fijada y, en función de ello, sólo respondan aquellos que puedan ser sujetos idóneos de un delito especial de garante y que hayan asumido, en lugar de los autores descritos por la ley, la función de éstos y realizado la conducta típica».

en nombre de otro» el reconocimiento de una posición de garante en quienes responden en lugar de la persona jurídica.

Ninguno de ambos puntos de vista me parece convincente.

No quiero reiterar aquí, por mor de la brevedad, los argumentos que en otra ocasión he mantenido frente a la artificiosa, innecesaria y, en cierto sentido, peligrosa categoría de los *Pflichtdelikte*. Aunque no esté de más destacar algún aspecto crítico de la misma, cuando se atisba un cierto renacimiento de esta tesis en la doctrina española (74) —a pesar de que las acertadas y contundentes observaciones de, por ejemplo, Gimbernat (75), Muñoz Conde (76) o Rodríguez Mourullo (77) parecían permitir darla ya por superada en nuestro país (78)— o cuando se ha dado una desviada utilización de ella frente a las ideas que en aquella ocasión expuse (79). En esencia, tales aspectos (por circunscribirme a los más elementales) son los siguientes: que la tesis de los *Pflichtdelikte*, además de no conducir a soluciones aceptables, o por vía aceptable, en materia de autoría y participación (80) y hacer alusión a unos pocos concretados deberes respecto de los cuales no se lleva a cabo un análisis auténticamente expresivo de los mismos (81), comporta una notable tendencia a un doble, y peligroso, deslizamiento: de una parte, a justificar la pena en tales delitos sobre la base exclusiva de la infracción de deberes, es decir, prescindiendo de la idea, consustancial al concepto de Derecho penal democrático (82), de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal; y, por otra parte, a reducir la esfera de destinatarios de la norma penal de que se trate, y con ellos el alcance y trascendencia de su objeto de protección, únicamente al núcleo de los obligados por los deberes de referencia (83).

(74) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Lecciones de Teoría Jurídica del Delito*, t. I, Madrid, 1983, pp. 176 i.f. y ss.

(75) *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1966, p. 289.

(76) «Introducción» a ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. e introduc. de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 11; *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 25.

(77) «El autor mediato en el Derecho penal español», en VV. AA., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, páginas 573 y ss.

(78) Sobre las críticas suscitadas en el país de origen, Vid., por todos, SCHRÖEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker and Humblot, Berlín, 1965, pp. 86 y ss.

(79) Me refiero a las apreciaciones de QUINTERO, «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», en *CPCr*, núm. 12, 1980, p. 62, nota 12.

(80) Vid. *supra* notas 75 a 79.

(81) En este sentido, WAGNER, *Amtsverbrechen*, Duncker and Humblot, Berlín, 1975, p. 72.

(82) Vid. MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 128 y ss. y 151 y ss. y *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, páginas 30 y ss.; mi libro *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., páginas 336 y ss.

(83) Vid. QUINTERO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, pp. 39-45.

En cuanto al criterio según el cual en la norma definidora de la responsabilidad penal por «actuaciones en nombre de otro» hay un reconocimiento de la posición de garante de las personas físicas indicadas como titulares de tal responsabilidad, se detecta en él un desplazamiento hacia la idea de que no se castiga tanto la actividad llevada a cabo por tales personas físicas, cuanto la omisión consistente en no haber impedido la marcha de la persona jurídica en una determinada dirección (delictiva). Pero, con ello se ignora que esas personas físicas no se limitan (o, cuando menos, no en todos los casos) a un no hacer típico productor del resultado delictivo, equivalente a la activa causación del mismo —comisión por omisión (84), en la que es operativa la idea de posición de garante—, sino que, las más de las veces, lejos de esa pretendida pasividad, *actúan* en el sentido exigido por el tipo; si bien no reúnen la cualificación requerida por éste para poder ser sujetos activos del delito que describe; carencia esta última que viene a subsanar la norma contenedora de las «actuaciones en nombre de otro».

Con lo anterior quiere decirse que la fórmula del «actuar en nombre de otro» no comporta ampliación o alteración ninguna del ámbito de conductas que comprende el comportamiento descrito por el tipo al que se aplica, así como tampoco implica una ampliación del concepto de autor (85). Se limita a eliminar, por razones político-criminales evidentes, el obstáculo dogmático que supone la concurrencia en una persona jurídica de las características exigidas para el sujeto activo por el tipo de un delito especial. En este sentido, una vez determinado, por integración de aquella fórmula en este tipo, quién o quiénes *pueden* ser sujetos activos del delito de que se trata, entrarán en juego las reglas generales sobre averiguación de las conductas (sólo activas, o, además, comisivo-omisivas, o estas últimas exclusivamente o únicamente omisivas) que cabe subsumir en dicho tipo sin afectar a las exigencias derivadas del principio de legalidad. Igualmente entrarán a continuación en juego las comunes reglas sobre autoría y participación (86), es decir, que entonces habrá de indagarse cuál (o cuáles) de los posibles sujetos activos antes determinados con arreglo a la fórmula del «actuar en nombre de otro», es (o son) el autor (o los autores) de la conducta inculpada y cometida.

(84) *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 94-95 y 106-108 y las precisiones, en sentido restrictivo, de MIR, «Adiciones» a JESCHECK, P. G., cit., t. II, pp. 845-846.

(85) En este sentido, QUINTERO, en *La reforma penal de 1983*, cit., p. 104.

(86) A este respecto dice QUINTERO, *La reforma...*, cit., p. 104: «en manera alguna puede entenderse que el artículo 15 bis exonera en tales casos de la precisa y cabal comprobación de que la persona física es *autor en el sentido del artículo 14 CP*. Bien al contrario, tendrá que ser autor en sentido estricto..., puesto que el artículo 15 bis no es una «presunción» de autoría, lo que sería una flagrante violación de las garantías jurídicas, sino un instrumento para evitar que el *autor* material de un delito pueda eludir la responsabilidad criminal invocando la carencia de un carácter requerido por el tipo para el autor» (cursivas y entrecomillado en el original).

Así, pues, en el indicado terreno de averiguación de las conductas delictivas y de concreción de los autores de las mismas, es donde, acaso, resulte necesario acudir al criterio de la posición de garante. Lo que es tanto como afirmar: en un momento posterior a la aplicación de la norma concerniente a las «actuaciones en nombre de otro» (producto de la cual es el señalamiento de los posibles sujetos activos del delito) y en relación con aquellos tipos (cuya norma previsoramente determina los medios activos ni omisivos para la producción del resultado que indica) respecto de los que sea posible decir que el comportamiento omisivo del sujeto en quien concurre, y puede cumplir, el deber de garantizar la incolumidad del bien jurídico protegido, queda abarcado por la conducta típica en cuanto se aprecia que «socialmente» la ha realizado y producido con ella el resultado previsto por la norma (87).

El punto de vista que mantengo se ratifica con la comprobación de la existencia en el CP de delitos especiales a los que puede resultar necesario aplicar la fórmula del «actuar en nombre de otro» y que, además, son de omisión propia —p. ej., el art. 546 (88)— o de comisión por omisión específicamente tipificada —p. ej., en el artículo 346 (89).

En una situación anterior a la existencia de una norma similar a la del actual artículo 15 bis CP, quizá tuviera sentido profundizar en la línea de interpretación apuntada por Mir (90) con la siguiente reflexión: «Este presupuesto de conocimiento —exigido normalmente por el Código: arts. 238, 265 y 499 bis— podría entenderse dogmáticamente como fundamento de la concurrencia de *posición de garante* en los representantes de la sociedad que no han causado positivamente la voluntad delictiva de la persona jurídica, pero han *omitido* impedir su adopción y realización. Cuando el CP alude expresamente a estos extremos estaría, pues, configurando tipos de *comisión por omisión* legalmente previstos. Y cuando, como normalmente sucede, no se refiere la ley a la intervención de personas jurídicas, la misma estructura podría generalizarse para fundar y a la vez limitar la incriminación a título de comisión por omisión *supralegal*, siquiera haya de ser generalmente como forma de participación (así, cooperación necesaria del artículo 14, 3.º, o complicidad del artículo 16, por omisión) respecto de los individuos que han causado (positivamente) la voluntad criminal de la persona jurídica». Más, obsérvese, de una parte, el

(87) Respecto al concepto de comisión por omisión manejado, *Vid. MIR, Loc., cit., supra*, nota 84.

(88) *Vid. QUINTANO, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. III: «Infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales», 2.ª ed., puesta al día por C. García Valdés, Edersa, Madrid, 1978, pp. 337 y ss.

(89) En este artículo, tras la redacción que le ha dado la LORUPCP/83, se dispone (párr. 1.º): «El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas».

(90) «Adiciones» a JESCHECK, P. G., *cit.*, t. I, p. 309; cursivas en el original.

cuidado con que el autor separa la calificación de las personas físicas actuantes de las que le merecen las personas físicas omitentes y, de otra parte, la inconcreción en que deja el título conforme al cual responderían penalmente las personas físicas que han actuado positivamente, lo que resulta en extremo notable respecto al segundo de los supuestos que enuncia: si en el primero estima que los omitentes serían autores de un delito realizado en comisión por omisión y nada dice de la calificación que habrían de merecer quienes actuaron positivamente (podría pensarse que la de autores comisivos, pero entonces el tipo no podría ser configurado como «de comisión por omisión legalmente previsto»), en el segundo supuesto necesariamente hay que deducir que quienes actuaron de forma positiva son los autores (comisivos) a cuya conducta está referida la participación de los omitentes, pero, entonces, ¿cuál es la norma que legitima dicha calificación a título de autor si, en relación con el delito especial de que se trate, las condiciones exigidas para ser sujeto activo del mismo las reúne la persona jurídica y no las físicas a que se alude? Como se ve, necesariamente hay que recurrir a una norma (genérica o específica) contenedora de la fórmula de las «actuaciones en nombre de otro». Creada ésta, de su aplicación deriva el círculo de posibles sujetos activos del delito, dentro del cual habrá que determinar, seguidamente, quiénes de entre ellos son autores por su acción positiva (si es que el tipo no es de omisión propia ni de comisión por omisión legalmente prevista) y quiénes por su omisión (si es que el tipo no señala medios necesariamente activos) y, sólo tras la anterior operación, cabrá pensar en quienes han participado (positiva u omisivamente) en el hecho ejecutado por aquellos autores. La toma en consideración de la(s) posición(es) de garante se producirá, por tanto, con posterioridad a la aplicación de la norma referida a las «actuaciones en nombre de otro».

En definitiva, a mi juicio, fundamento de la existencia de normas similares a la del artículo 15 bis CP es, por una parte, la necesidad de solventar la situación engendrada por la previsión legal de algunos delitos especiales propios cuyo tipo demanda para el sujeto activo ciertas cualidades que, en ocasiones, por razón del acogimiento de la técnica de la personificación en otras ramas del Derecho, son ostendadas por la personificación (persona jurídica) y no por los individuos que, con sus actos, determinan la marcha de tal persona jurídica y, por otra parte, la no concesión por el Derecho penal, a sus estrictos efectos (tratar de impedir ciertos comportamientos *humanos*), de igual eficacia constitutiva que la aceptada en otras partes del Ordenamiento a la indicada técnica de la personificación, de donde nace el principio *societas delinquere non potest*. Así las cosas, se trata de un problema de tipo derivado de la precisión de armonizar el Ordenamiento jurídico. La previsión normativa del «actuar en nombre de otro» es, pues, una cláusula de armonización del Ordenamiento que, más que extender la punibilidad por ciertos hechos a determinados sujetos, cubre una laguna de punibilidad originada por la formulación sintética de los tipos.

El tipo surgido de la integración de la correspondiente norma previsor de delito especial de que se trate (p. ej., art. 520 CP) y de la contenida en el artículo 15 bis CP (dicho tipo podría haber sido formulado directamente por la ley de manera similar a la siguiente: «El quebrado, o, si éste fuere persona jurídica, quien actuare como directivo u órgano o en representación legal o voluntaria de la misma, que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de comercio, será castigado con la pena de prisión mayor»), seguirá siendo especial, pues los posibles sujetos activos habrán de ostentar, en su caso, la cualidad de directivos, órganos o representantes legales o voluntarios de una persona jurídica. El bien jurídico amparado por aquella primera norma, igualmente no habrá variado. Al contenido del injusto pertenecerán, además, los deberes nacidos de la relación jurídico-civil (o mercantil, o laboral) que vincula al posible sujeto activo con la persona jurídica; deberes, por tanto, similares, por ejemplo, a los del comisionista o administrador en punto al delito de apropiación indebida —art. 535 CP, que contiene, a mi juicio, un tipo especial propio o impropio según la modalidad de conducta de que se trate, respecto del que se pueden plantear problemas de actuaciones en nombre de otro en casos en que las cualidades requeridas para el sujeto activo recaigan en una persona jurídica (91)—. Que el comportamiento incriminado sea activo u omisivo, dependerá de la correspondiente descripción típica, conforme a la cual podrá ser de una, de otra o de ambas maneras (por seguir con el paralelismo: distraer la cosa mueble en el artículo 535 CP es conducta positiva, en tanto que es omisiva, y engendra una comisión por omisión específicamente tipificada, la de negar haberla recibido). Las posiciones de garante serán operativas, con efecto limitador, en la medida en que el tipo admita la comisión por omisión. Regirán las reglas generales sobre autoría y participación, determinándose la primera (en sentido estricto) de entre los posibles sujetos activos averiguados mediante la integración de ambas normas.

VII.—ELEMENTOS TÍPICOS EN EL ARTÍCULO 15 BIS DEL CODIGO PENAL

Siquiera sea de manera breve, a continuación trataré de precisar algunos de los elementos típicos incluidos en el nuevo artículo 15 bis CP. Concretamente: 1) qué cabe entender por directivo u órgano o representante legal o voluntario de una persona jurídica; y 2) cómo pueden interpretarse los términos «condiciones, cualidades o relaciones».

(91) Cfr. SAINZ-PARDO, *El delito de apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 128-129.

1) *Directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica*

Según el artículo 35 del Código civil (CC):

«Son personas jurídicas:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.»

Pese a la amplitud con que en el artículo acabado de reproducir se atribuye el carácter de persona jurídica (concepto que extiende tanto a las asociaciones de interés público cuanto a las de interés privado, en los términos expresados por aquella norma) y a pesar también de que el texto del artículo 15 bis CP no contiene limitaciones (por lo que, en principio, se puede referir lo mismo a las unas que a las otras), no cabe duda de que los principales problemas a que este último artículo responde se relacionan, sobre todo, con las sociedades mercantiles, conforme más atrás he apuntado. Por ello, estudiaré los presentes conceptos refiriéndolos, fundamentalmente, a tales sociedades y, de entre ellas, singularmente, a las anónimas, que suponen el marco de ocultación característico para cometer los delitos que más nos pueden interesar.

El concepto de «directivos» no presenta, a mi entender, excesivas dificultades. Referido a una persona jurídica, parece implicar una distribución u organización de cometidos y tareas a llevar a cabo por los individuos que actúan por cuenta de la misma y que suponen la atribución a algunos de ellos de la misión de conducir, mediante sus decisiones, el trabajo de los demás hacia determinados fines. Alude, pues, a quienes en relación con la marcha de la persona jurídica, ostentan, individual o colectivamente, conforme al esquema organizativo de la misma, la función de dirigirla. Poseen cualidad de mando o gobierno sobre el resto de quienes actúan por cuenta de la persona jurídica y rigen los destinos de ésta en los diferentes ámbitos (económico, financiero, laboral, etc.) en que aquélla ha de desenvolverse para el logro de sus objetivos que, por otra parte, son igualmente concretados por estos directivos. Son, en definitiva, las personas físicas que desempeñan los puestos más elevados y a los que está atribuida mayor capacidad de decisión en el seno de la persona jurídica: miembros del consejo de administración, presidente, vicepresidente ejecutivo o consejero-delegado del mismo, director o subdirector, director-gerente, etcétera.

Con la mención de los «órganos» de la persona jurídica, el artículo 15 bis CP hace seguidamente una referencia mucho más próxima a esa

organización suya de la que antes he hablado. Además, su inmediata alusión a los que actúan «en representación» de la persona jurídica (alusión que, en principio, ha de entenderse como indicativa de algo distinto de los «directivos u órganos»), trae al recuerdo el significativo cambio que la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 17 de julio de 1951 supuso respecto al CCo., cuando prefirió la expresión «órganos» a las de «mandatarios» y «administradores» que este último emplea en su artículo 122, 3.ª cuando trata de las diferentes formas de compañías mercantiles (92).

Ambos aspectos (organización y representación), permiten abordar el concepto de «órganos» de una persona jurídica a la huella de la reflexión de Rubio sobre los mismos en relación con las sociedades mercantiles.

Señala el autor, en primer lugar (93), que «el sistema legal, más o menos directamente apoyado en bases convencionales, por virtud del cual determinados individuos de la colectividad vinculan el patrimonio común a las consecuencias de los negocios que constituyen el objeto de la empresa, puede llamarse *organización* de la sociedad mercantil».

Y, a continuación, añade: «La analogía entre este mecanismo y el de la representación, esto es, la emisión por un sujeto de declaraciones de voluntad que se traducen en derechos y obligaciones en la esfera jurídica de otro, ha sugerido y permite aún hablar, refiriéndose a estos efectos vinculantes sobre el patrimonio social, como de una actividad representativa. No hay inconveniente en admitirlo siempre que se perciban las características específicas del primero, derivadas de una circunstancia fundamental: la de que mientras las personas físicas pueden normalmente actuar por sí mismas, las sociedades no pueden formar, exteriorizar y declarar su voluntad sino a través de la que forman, exteriorizan y declaran personas físicas. En ellas, a diferencia de lo que ocurre para la representación voluntaria y aun para la llamada habitualmente legal, el proceso de formación de la «voluntad social», que sólo puede considerarse a través de las manifestaciones de voluntades individuales, es siempre un proceso *externo* y, en consecuencia, controlable y disciplinable legalmente. Lo que, en la habitual distinción entre esfera interna y externa de la sociedad, tiene su reflejo en el hecho de que tal sistema —a diferencia del de representación— produce derechos y obligaciones para la sociedad que no salen de su propio ámbito y no vinculan a la sociedad con terceros» (94).

De lo anterior se desprende la idea de que es posible determinar quiénes merecen la calificación de «órganos» de una sociedad mercantil (y por extensión, probablemente, los de cualquier persona jurídica) a partir del criterio de las funciones que necesariamente ha de cumplir, cualquiera que sea su forma, a través de personas físicas: «la formación y expresión de la voluntad social y la actuación unitaria en el tráfico»

(92) Cfr. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, p. 185.

(93) *Curso...*, cit., pp. 183 *if.*-184; cursivas en el original.

(94) *Curso...*, cit., p. 184; cursivas y entrecorillado en el original.

por medio de la que se relaciona con terceros conforme al mecanismo de la representación, correspondientes, la primera, a la vida interna de la sociedad y, la segunda, a la externa (95). «Órgano» de una sociedad será, pues, quien participe del ejercicio de estas funciones o las ejerza directamente él sólo.

En relación con una sociedad anónima, tales «órganos» serán (Capítulo IV LSA), respectivamente, la junta general de accionistas y el consejo de administración, rigiéndose la representación, en defecto de éste, «por lo dispuesto en los estatutos y en los acuerdos de la junta general» (art. 76 LSA). A los efectos del artículo 15 bis CP, se considerarán «órganos» de una sociedad anónima a las personas físicas que pertenezcan a uno de los acabados de indicar, según que el delito considerado se haya cometido en el desenvolvimiento de una u otra de las funciones correspondientes a cada uno de ellos. La responsabilidad penal se concretará en el interior de los mismos, de acuerdo con los procedimientos habituales para depurar responsabilidades de esta índole en los organismos colegiados.

Junto a los anteriores, también deben estimarse «órganos» de una persona jurídica aquéllos encargados de las tareas (permanentes o no) de fiscalización o revisión de la gestión, así como los liquidadores a cuyo cargo se encuentran las funciones de administración y representación de una sociedad en liquidación. Para el caso de sociedades anónimas, la LSA prevé específicas normas de aplicación a censores (o, en su caso, interventores) y liquidadores (96).

El hecho de que haya incluido entre los «órganos» de una persona jurídica a todos aquellos que desempeñan funciones de representación de la misma, quiere decir tanto como que si bien no todos los «órganos» de una persona jurídica son los que actúan en representación de ella, sí merecen el calificativo de «órganos» todos los que la representan. Cuando menos los que ostentan su representación legal.

En este sentido, la referencia que, a continuación de al «directivo u órgano de una persona jurídica», hace el artículo 15 bis CP al que actuare «en representación legal ... de la misma», debe estimarse reiterativa, en la medida en que se piense que tal representante puede subsumirse, de antemano, bajo el concepto de «directivo» o de «órgano» de la persona jurídica.

No debe extrañar que tal suceda. La reiteración proviene de la sustitución en sede parlamentaria, a la que antes me he referido, de los términos «en representación legal o voluntaria de otro», que aparecían en el artículo 15 bis del Proyecto de LORUPCP, por los de «en representación legal o voluntaria de la misma», que pasaron al texto definitivo de ese artículo. Con la primera de estas redacciones, cabía interpretar que estaban comprendidos en la expresión legal tanto los representantes de personas jurídicas como los «de otro» que no fuera una personificación (persona física): la posible reiteración, por

(95) Vid. RUBIO, *Curso...*, cit., p. 186.

(96) Sobre el particular, Vid. RUBIO, *Curso...*, cit., pp. 269 y ss. 434 y ss.

simplemente parcial, no merecía considerarse tal. Suprimida en la redacción final (y conscientemente suprimida) toda posibilidad de interpretar la alusión a los representantes como también referible a «otro» no persona jurídica, se incurre, entonces, en la reiteración expresada.

De acuerdo con lo que he procurado argumentar, los representantes legales de una persona jurídica son, al tiempo, «órganos» de la misma. Sin embargo, Díez Picazo (97) entiende que la representación de las personas jurídicas «no es, en sentido estricto, ni una representación legal ni una representación voluntaria. Es, desde luego, una «representación necesaria» —la persona jurídica necesita al representante para actuar— lo que basta para situarla fuera del campo de la representación estrictamente voluntaria. Pero esto no basta sin más para llevarla al campo de la representación legal. La determinación de la persona o personas que han de llevar a cabo esta representación no es obra de la ley, sino de los propios interesados, fundadores de la persona jurídica o miembros de ella. De la misma manera, la determinación de las facultades del representante y la duración de su representación son obra de la autonomía privada de los interesados, bien configurando al efecto los estatutos o reglas por las que haya de regirse la persona jurídica, o bien determinándolo al conferir la representación a una persona determinada. Se habla por ello de una representación orgánica, y este concepto, en cuanto expresa un *tertium genus* diverso de la representación legal y de la estrictamente voluntaria, creemos que es aceptable».

En sentido no dispar, decía Garrigues (98) que «la representación que el gerente de una empresa ejerce es voluntaria por su origen y legal por su contenido. El comerciante individual y las sociedades mercantiles son libres de nombrar o no a sus factores o a sus gerentes. Pero si los nombran deben saber que cuantos actos jurídicos realicen en la esfera del giro o tráfico del establecimiento los reputa la ley realizados por cuenta del principal».

Por su parte, el Tribunal Supremo sentó, ya en su Sentencia de 1 de mayo de 1945, la opinión de que los «órganos» son «representantes legales, porque la investidura que reciben no es de origen contractual, sino que emana de los estatutos sociales que son de obligatoria observancia».

En cualquier caso, los puntos de vista reproducidos no suponen contradicción alguna respecto a la conclusión a que antes he llegado. Pues lo que dice Díez-Picazo (y, hasta cierto punto, Garrigues) es que los «órganos» de la persona jurídica, verdaderos representantes de ella, no son estrictamente representantes legales. Pero no que exista otra posibilidad de representación legal fuera de la «representación orgánica».

(97) *La representación en Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 72.

(98) *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 5.ª ed., puesta al día por A. Bercovitz, Madrid, 1968, p. 556.

Consecuentemente, sigue sobrando en el artículo 15 bis CP la mención de una «representación legal ... de la misma», esto es, de la persona jurídica.

No ocurre lo propio, en cambio, con la referencia de ese artículo a la «representación voluntaria». Ya que, como el mismo Díez Picazo reconoce (99): «El hecho de que la persona jurídica haya de poseer unos órganos permanentes, a quienes permanentemente se les confiera su representación, no excluye, naturalmente, que la persona jurídica pueda tener también representantes a través de una pura representación voluntaria (apoderados, etc.)» (100).

En definitiva, de lo dicho se pueden extraer dos conclusiones:

Primera, quien actuare «en representación legal», u orgánica, de una persona jurídica, merece el calificativo de «órgano» de la misma.

Segunda, junto a la anterior forma de representación, puede darse una representación voluntaria de la persona jurídica que no se encontrará abarcada bajo el concepto de «órgano» de la misma.

Una cuestión que inmediatamente surge de la consideración de los antecedentes prelegislativos del artículo 15 bis CP, es si las dos clases de representación acabadas de mencionar deben quedar circunscritas a personas jurídicas o si, al tiempo, resulta aconsejable que la fórmula del «actuar en nombre de otro» las extienda también a personas físicas.

Tanto el artículo 35 PCP de 1980, como el 31 PANCP de 1983, responden positivamente a la segunda posibilidad apuntada al hablar del que actuare «en representación legal o voluntaria de otro». Efectivamente, la expresión «de otro» permite referir la representación legal o voluntaria tanto a una persona jurídica (de cuyos «directivos u órganos» hablan inmediatamente antes los proyectos de artículos indicados) cuanto a una persona física (de otra manera, no aludirían a un genérico «otro» sino a «la misma», como hace el artículo 15 bis CP tras la modificación de que fue objeto su proyecto que, precisamente, empleaba el propio término «otro»).

Con esta forma de proceder, los modelos de «actuación en nombre de otro» contenidos en el PCP de 1980, en el Proyecto de LORUPCP de 1983 y en la PANCP del mismo año, se aproximan más al parágrafo 14 StGB alemán que el artículo 15 bis CP. En efecto, dicho parágrafo dispone (101):

«(1) Si alguien actúa

1. como órgano representante legítimo de una persona jurídica o como miembro integrante de un tal órgano,
2. como socio representante legítimo de una sociedad mercantil personalista o
3. como representante legal de otro, deberá aplicársele

(99) *La representación...*, cit., p. 72.

(100) La STS de 21 marzo 1946 (cit. por Díez PICAZO, *La representación...*, cit., p. 73), distingue entre representación legal u orgánica de la persona jurídica y representación voluntaria de la misma.

(101) Trad. de MUÑOZ CONDE, en *CPCr*, núm. 3, 1977, p. 171, nota 57.

también la ley en la que la pena se fundamenta en base a circunstancias, relaciones o cualidades personales (características personales especiales), aun cuando estas características no se den en él y sí en el representado.

(2) Si alguien es encargado por el titular de una empresa o por cualquier otra persona con facultades para ello

1. de dirigir en todo o en parte dicha empresa, o

2. expresamente encargado para asumir con responsabilidad propia deberes que se refieren al titular de la empresa, y actúa en base a este encargo, deberá también aplicársele la ley en que la pena se fundamenta en base a características personales especiales, aun cuando estas características no se den en él y sí en el titular de la empresa. Por empresa hay que entender en el sentido del párrafo 1 el establecimiento industrial. Si alguien actúa con un encargo análogo en tareas de la Administración pública, deberá aplicársele lógicamente lo dispuesto en el número (1).

(3) Lo dispuesto en los números anteriores es también aplicable, aunque sea nulo el acto jurídico que servía de base a la representación o al encargo».

Conviene indicar que el «representante legal de otro» a que se refiere el reproducido párrafo en su apartado (1),3, se entiende por la doctrina dominante en Alemania como representante legal de una persona física. Igualmente, esa doctrina identifica «representante legal» con «órgano representante de la persona jurídica» (102) según la expresión del párrafo 14, (1),1 *StGB*.

Así las cosas, el párrafo 14 *StGB* alemán y el artículo 15 bis CP, coinciden en la inclusión de la representación legal de personas jurídicas y difieren en que mientras el primero alude a determinados casos de representación voluntaria de personas jurídicas y admite la responsabilidad del representante legal de personas físicas, el segundo no limita la representación voluntaria de personas jurídicas y, en cambio, rechaza la idea de representación legal de personas físicas. Diferentemente, los proyectos españoles de «actuación en nombre de otro» más atrás indicados, coinciden con el párrafo 14 *StGB* alemán en la admisión de la figura del representante legal de personas jurídicas y de personas físicas y difieren en punto a la representación voluntaria, que aquéllos aceptan sin límites tanto en relación con personas jurídicas como físicas, mientras que el referido párrafo sólo la acoge para las primeras y ello en determinados casos.

Cuál sea el punto de vista más conveniente de entre todos los acabados de mencionar o si algún otro, es una cuestión, conforme antes he señalado sobre palabras de Roxin, hoy abierta a la reflexión científica, a la aportación de los argumentos dogmáticos y político-crimi-

(102) Cfr. LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 16 al párag. 14.

nales más convincentes, que todavía (y la ausencia de una fórmula legal del «actuar en nombre de otro» hasta fecha reciente, no es excusa para ello) no se han manejado en nuestro país. La presente PANCP es, si nuevas urgencias gubernamentales no impiden tener tiempo y lugar para ello, una buena ocasión para intentarlo: al cabo, la LORUPCP no ha hecho sino cubrir provisionalmente un hueco demandado de inaplazable cobertura por la doctrina y la jurisprudencia. Ahora es el momento de perfeccionar la fórmula empleada o de indicar su admisibilidad, o de perfeccionar o admitir la que propone la PANCP.

En cualquier caso, creo que los modelos a seguir, según se quiera dar uno u otro alcance a la fórmula del «actuar en nombre de otro», podrían ser los siguientes:

Primero. Se quiere comprender en esa fórmula la responsabilidad penal de los que actúan en representación legal o voluntaria tanto de una persona jurídica como de una persona física:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro...»

Segundo. Se quiere eludir la responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» del representante voluntario de una persona jurídica, pero no la del que actúa en representación legal de la misma, ni la del representante legal o voluntario de una persona física:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de una persona física...».

Tercero. Se quiere excluir toda referencia al representante legal o voluntario de una persona física, pero, en cambio, se quiere hacer recaer responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» tanto sobre el representante legal como sobre el voluntario de una persona jurídica:

«El que actuare como directivo u órgano o en representación voluntaria de una persona jurídica...».

Cuarto. Se pretende evitar la responsabilidad penal por «actuar en nombre de otro» del representante legal o voluntario de una persona física y sólo del representante voluntario de una persona jurídica:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica...».

Al margen quedan las posibilidades de restringir la representación voluntaria de personas jurídicas o de personas físicas a determinados casos. Igualmente, queda al margen la posibilidad de ampliar la responsabilidad penal por «actuaciones en nombre de otro» a representantes de las llamadas «uniones sin personalidad», para lo que habría que operar, a partir de fórmulas similares a la actual o a las de los proyectos citados, con el término «entidad» (abarcador de personas jurídicas y de uniones sin personalidad) al que, en su caso, se añadiría el de «persona física» (sobre el artículo 31 PANCP, para lograr ese objetivo sólo habría que añadir en su inciso final la palabra «entidad»: «... que concurren en la persona o entidad...», habida cuenta de que

la representación legal o voluntaria se refiere a «otro» que, además de persona física o jurídica, también puede ser una unión sin personalidad).

2) *Las «condiciones, cualidades o relaciones» requeridas por la «co-responsiente figura del delito».*

Para averiguar el significado de los términos «condiciones, cualidades o relaciones» empleados por el artículo 15 bis CP, resulta enormemente sugestiva la dominante doctrina alemana sobre los similares términos que usa el parágrafo 14,1 *StGB*. Como ya se ha dicho, éste, en efecto, se refiere a: «*persönliche Eigenschaften* (cualidades personales), *Verhältnisse* (relaciones) *oder Umstände* (o circunstancias)», sobre las que el propio parágrafo 14,1 aclara que son «*besondere persönliche Merkmale*» (características personales especiales).

Resulta aconsejable, pues, dar una rápida ojeada a la doctrina alemana que trata del contenido de tales elementos.

Lo primero que suele plantearse en ella es la relación existente entre la citada expresión del parágrafo 14 y las «características personales especiales» a que alude el parágrafo 28 *StGB*. Este problema se suscita a partir de dos consideraciones. La primera, que el parágrafo 28 remite, en cuanto al contenido que ha de darse a esas «características personales especiales», al parágrafo 14,1. En segundo lugar, que la declaración contenida en el parágrafo 28 parece seguir una dirección opuesta a la del parágrafo 14, puesto que mientras, según aquél, cuando las «características personales especiales» ostentadas por el autor no concurren en el partícipe, se produce como efecto la atenuación de la pena de este último, a tenor del parágrafo 14, aun cuando tales «características» no concurren en el que «actúa en nombre de otro» y sí en éste «otro», puede afirmarse la responsabilidad penal del que actúa en su nombre.

De la comprobación de las opuestas funciones que en el contexto de cada uno de esos párrafos cumplen las citadas «características» (103), se extrae la idea de que las mismas han de poseer un significado distinto en el 14 que en 28.

Así, se dirá en primer término que mientras entre las «características personales especiales» a que se refiere el parágrafo 28 se encuentran las que atañen al ámbito subjetivo del autor (104), las mismas no pueden incluirse entre las mencionadas por el parágrafo 14. En relación con el cual se afirma, además, que en la medida en que en su mayor parte se refiere a personas jurídicas, tales características subjetivas difícilmente podrán ser apreciables.

(103) Cfr. LENCKNER, en Ob. cit., en nota anterior, núm. marginal 8 al parágrafo 14; CRAMER, en misma Ob., núm. marginal 19 al parág. 28.

(104) Cfr. GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm. 80, 1968, páginas 21 y ss.

Con este punto de vista, se descartarían del alcance de los términos empleados por el artículo 15 bis CP todas aquellas características concernientes a la «disposición moral del delincuente» de la que habla el artículo 60. Norma en cierta medida paralela a la del párrafo 28 *StGB* alemán, aunque, como ha reiterado la doctrina, a diferencia de él no aluda a elementos del tipo, sino a circunstancias.

Por lo que hace a las llamadas «características objetivas de autor», en cambio, resulta preciso distinguir (105) entre las de naturaleza esencialmente personal, que por su íntima relación con un determinado individuo no pueden transferirse al que actúa en su nombre (tal se afirma en la doctrina alemana de la condición de «funcionario» respecto a los «delitos de cargo»), y las que, si bien ligadas a la persona del sujeto activo, sirven más bien para indicar el ámbito de protección de un cierto bien jurídico, indicación que se hace por medio del señalamiento de la función desempeñada por el que se relaciona con ese bien jurídico (así, «empresario», «deudor», etc.).

De estos dos tipos de características objetivas, sólo las segundas entran en la consideración del párrafo 14 *StGB* alemán (106) —en tanto que, por el contrario, se excluyen del alcance del párrafo 28—, dado que «la función que a través de ellas se describe puede cumplirse por otro sin que ello implique un cambio en su contenido» (107).

Los paralelos respecto al CP español son, en este caso, obvios.

Tras las anteriores consideraciones previas, la doctrina alemana dominante trata del concreto significado de cada una de las «características personales especiales» en cada uno de los dos párrafos mencionados.

En relación con los términos usados por el párrafo 14, se dice:

«Cualidades personales» (*persönliche Eigenschaften*) son aquellas características —psíquicas, físicas o jurídicas— unidas al hombre como tal —sexo, edad, mayoría de edad, maternidad, etc.— (108). El resto de las que bajo este calificativo cupiera encuadrar, en realidad pueden subsumirse en el de «relaciones». Por ello, se afirma que el primero de los términos empleados por el párrafo 14 queda sin contenido, pues o no es posible respecto a estas «cualidades» una sustitución por parte del representante (109) o, como afirma Lenckner (110), el concepto de «cualidad personal» está vacío al identificarse con el de «relaciones personales» (111).

(105) *Vid.* LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 8 al parág. 14.

(106) *Vid.* JESCHECK, P. G., cit., t. I, p. 304.

(107) GALLAS, en *ZStW*, núm. 80, 1968, p. 22.

(108) LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 9 al parág. 14.

(109) GALLAS, en *ZStW*, núm. 80, 1968, p. 22.

(110) *Loc. cit.*, *supra*, nota 108.

(111) En el mismo sentido, ROXIN, en *LK cit.*, núm. marginal 21 al párrafo 14, quien cree que el legislador debería haberse limitado, en el párrafo 14 *StGB*, a hablar de «relaciones personales».

En punto al artículo 15 bis CP, la cuestión no se plantea: al haberse eliminado de su texto toda posibilidad de actuar en nombre de una persona física, no hay necesidad de pararse a tomar en consideración tales cualidades estrictamente humanas.

Por lo que se refiere, precisamente, a las «relaciones (*Verhältnisse*) personales», se estima que son los lazos de unión entre un hombre y otros hombres, instituciones o cosas. A este concepto pertenecerán la mayoría de las «características objetivas de autor» y, por tanto, será el que nutra de mayor contenido al párrafo 14 *StGB*, siempre y cuando tales vínculos permitan la sustitución por un representante (112).

Finalmente, en cuanto a las «circunstancias (*Umstände*) personales», se piensa que abarcan todo lo que no sea «cualidad» ni «relación» personales; también aquí, lógicamente, siempre y cuando puedan transferirse al representante.

Diferentemente, las «características personales especiales» operativas a los propósitos del párrafo 28 *StGB* alemán, son (113): las «cualidades personales» entendidas, precisamente, al modo que, en cambio, se descarta en el párrafo 14; las «relaciones personales» con igual significado que el señalado en el caso del párrafo 14; y las «circunstancias personales» entendidas como características de autor no abarcadas bajo los dos conceptos anteriores.

Como resumen de este rápido repaso a la doctrina alemana dominante en el estudio del significado de la expresión legal «cualidades, relaciones o circunstancias» personales, se puede decir, con Jescheck (114) que: las «características personales especiales» a que se refiere el párrafo 14,1 *StGB* alemán, son, «en contra de lo que sugiere la literalidad de la ley, únicamente aquellos elementos referentes al autor que circunscriben el círculo de posibles sujetos activos según su *función social* (por ejemplo, deudores, empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad, organizadores de juegos de azar). Por el contrario, el párrafo 14 no se refiere a los elementos altamente personales en el sentido del párrafo 28, ya que, precisamente, tales elementos no pueden gravar al representante si no concurren en él».

De la aplicación de los anteriores criterios al artículos 15 bis CP, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. No existe tanta necesidad como en el Derecho alemán de intentar señalar los límites de una posible contradicción entre la idea, presente en el artículo 60 CP, de que las circunstancias personales sólo afectan a aquél en quien concurren y la recogida en el artículo 15 bis CP, según la cual aunque las «condiciones, cualidades o relaciones» a que alude no concurren en el «directivo», «órgano» o «representante», de los que habla, y sí en la persona jurídica a la que están vincula-

(112) Vid. LENCKNER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núm. marginal 10 al parág. 14.

(113) Cfr. CRAMER, en *Schönke-Schröder. Kommentar*, cit., núms. marginales 19, 20 y 21 al parág. 28.

(114) P. G. cit., t. I, p. 304 (cursivas y entrecomillado en el original); en el mismo sentido, Vid. la bibliografía cit. en nota 47 de esta misma página.

dos, aquél responderá penalmente conforme al tipo de delito que requiere para su sujeto activo las características que ostenta ésta. Ello por dos razones: en primer lugar, porque el artículo 60 se refiere a circunstancias agravantes o atenuantes y no a elementos de tipo; y, en segundo lugar, porque las expresiones contenidas, respectivamente, en los artículos 15 bis y 60 CP no son, a diferencia de lo que ocurre con las de los párrafos 14 y 28 *StGB* alemán, idénticas; mientras el artículo 15 bis CP habla de «condiciones, cualidades o relaciones», el 60 se refiere a circunstancias que «consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal».

Segunda. En términos generales, las conclusiones alcanzadas por la doctrina alemana dominante al comentar la expresión de referencia del párrafo 14 *StGB*, se pueden trasladar al artículo 15 bis CP, habida cuenta de la similitud de los vocablos empleados por uno y otro. En consecuencia, cabe afirmar:

a) Que en el artículo 15 bis CP no se encuentran incluidas las llamadas «características subjetivas de autor» (tendencias, especiales intenciones), aunque sólo fuera por la razón de que no son apreciables en personas jurídicas, únicas a las que dicho artículo refiere las «actuaciones en nombre de otro».

b) Que tampoco están incluidas en este artículo aquellas características altamente personales, respecto a las que no puede darse sustitución por parte del que «actúa en nombre de otro» y que, además, difícilmente concurrirán en personas jurídicas. En consecuencia, sobra en el artículo 15 bis CP el término «cualidades» en la medida en que, habiéndose extraído de él las referidas características, el resto de lo que bajo tal concepto cupiera encuadrar se encuentra ya bajo el de «relaciones». En este último sentido, el uso conjunto de ambos términos en el artículo 15 bis, es reiterativo.

c) Justamente el término «relaciones», entendido como lazos de unión existentes entre una persona y otras personas, instituciones o cosas, será el que suministre el mayor contenido al artículo 15 bis CP, siempre y cuando tales vínculos resulten significativos de una cierta tarea, función o cometido a desempeñar o perseguir por su titular —esto es, por la persona jurídica— y pueda ser sustituido en ellas por quien actúa en su nombre (deudor, quebrado, comerciante, distribuidor, fabricante, empresario, etc.).

VIII.—PROPUESTA DE «LEGE FERENDA» DE UNA DEFINICION NORMATIVA DE RESPONSABILIDAD PENAL POR «ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO»

Sobre la base de las observaciones hechas y de las conclusiones alcanzadas hasta este punto, creo que se podría proponer una formulación legal del «actuar en nombre de otro» del siguiente o parecido tenor:

«El que realizare un hecho como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, que constituiría delito o falta si concurrieran en él las características especiales exigidas por la correspondiente norma penal, responderá conforme a ésta siempre que concurren en aquél en cuyo nombre hubiere actuado».

Como se ve, en esta propuesta de definición se acogen los siguientes rasgos:

1.—Se admite la representación, tanto legal como voluntaria, lo mismo de una persona jurídica que de una persona física, al tiempo que se ofrece la posibilidad de solventar conforme al criterio de la «actuación en nombre de otro» determinados problemas que plantean las llamadas «uniones sin personalidad». Debe tomarse en cuenta que la restricción operada por el parágrafo 14 StGB en relación con la representación voluntaria de una persona jurídica, es uno de los aspectos que más han reprochado a dicha norma tanto la doctrina como la práctica alemanas.

2.—Se conserva la mención de los «directivos» u «órganos» de una persona jurídica por cuanto, de una parte, en el segundo término se abarca la representación legal de la misma y, por otra parte, con ambos se pueden acoger a sujetos que, sin llevar a cabo acciones estrictamente representativas de la persona jurídica de que se trate, pueden observar comportamientos de otra índole delictivamente relevantes.

3.—Se resumen las «condiciones, cualidades o relaciones» en la expresión «características especiales» que, sobre resultar común a todas aquéllas, ni resulta indeterminada, ni zanja apriorísticamente (cuando todavía no ha existido un debate suficientemente clarificador al respecto) la previsible reflexión sobre qué características permiten fundar una responsabilidad penal por «actuación en nombre de otro».

4.—Por lo demás, se opera sobre la base (con meras diferencias de matiz) de las formulaciones seguidas por el CP y los proyectos del mismo.

El principio de reciprocidad en la extradición y la Legislación española (*)

Por FRANCISCO BUENO ARUS

Profesor ordinario de Derecho penal de la Universidad de Comillas

A) *La reciprocidad como principio general o fundamento de la extradición.*

Schultz define el principio de reciprocidad en los siguientes términos: «El principio de reciprocidad establece la regla de que una extradición no es lícita si no cuando el Estado requerido obtiene del Estado requirente la seguridad de que éste le entregará a un fugitivo perseguido por los mismos hechos y con las mismas cualidades personales que el perseguido cuya extradición se demanda».

Con unos u otros matices son numerosos los autores que atribuyen a la reciprocidad el carácter de fundamento de la extradición. Foelix afirma que «toda extradición está subordinada a consideraciones de conveniencia y de utilidad recíprocas» de los Estados. En el mismo sentido, Haus indica que «el Gobierno a quien se ha dirigido la demanda tiene interés en acceder a ella, porque rehusando la extradición se despojaría del derecho de reclamarla a su vez en el caso de que ésta fuese necesaria». Para Rouher, «el principio fundamental de la extradición es el de la solidaridad y el de la recíproca seguridad de los Estados y sus Gobiernos contra la ubicuidad del mal», y para Garraud la extradición es una institución de reciprocidad jurídica internacional. El diplomático español Castro y Casaleiz estimaba que también las leyes internas reguladoras de la extradición llevan implícita la aceptación de la reciprocidad.

Grutzner considera que el principio de reciprocidad (*do ut des*) aparece históricamente ligado a la idea de la extradición como un instrumento político. «El principio de igualdad de derechos en las

(*) Comunicación presentada al Seminario Internacional sobre Extradición, organizado por el *Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali* y celebrado en Noto del 6 al 10 de junio de 1983.

relaciones internacionales, la idea de la soberanía, el orgullo nacional y el temor de un atentado a la dignidad nacional son a fin de cuentas las razones por las que el principio de reciprocidad fue adoptado en materia de extradición».

El principio de reciprocidad como condición previa de la extradición se introdujo expresamente por primera vez en la Ley belga de 1.º de octubre de 1833. Numerosos Estados siguieron este ejemplo. Sin embargo, la Ley francesa de 10 de marzo de 1927 se apartó de este camino y diversas disposiciones posteriores dejaron igualmente de someter la extradición al principio rígido de la reciprocidad, con mayor razón porque poco a poco se fue generalizando la idea (ya expresada por Hugo Grocio en 1627 y por Carpzovius en 1639) de que la extradición no es un instrumento político, sino una institución jurídica de ayuda internacional en beneficio de la Justicia penal, fundada en el principio de solidaridad y en el de la comunidad de intereses. Además, una extradición concebida exclusivamente *ex comitate ob reciprocam utilitatem* no puede garantizar satisfactoriamente la no arbitrariedad en el futuro, y el rechazo de una extradición por falta de reciprocidad es susceptible de acarrear inconvenientes al Estado requirente (frustración de la Justicia penal) y al requerido (asilo de malhechores) (1).

Sistemáticamente, el principio de reciprocidad puede adoptar papeles muy diversos en el ordenamiento jurídico internacional de los Estados. Si las relaciones de extradición entre dos Estados se regulan por una convención o tratado, la reciprocidad es inherente a éstos, en cuanto que ambos Estados adquieren la obligación recíproca de entregarse a los fugitivos que reúnan determinadas condiciones, no resultando en general admisible que la obligación sea unilateral para una sola de las partes contratantes. Si un Estado regula el tema de la extradición en una Ley de derecho interno, la misma puede facultarle a acceder a las demandas de extradición que le dirijan otros Estados, subordinando su cumplimiento a un compromiso de reciprocidad por parte de los Estados requirentes. El principio de reciprocidad puede además funcionar como una fuente complementaria del Derecho de extradición a fin de subsanar la falta de tratado o de Ley interna o las lagunas que uno u otra puedan ofrecer. Finalmente, la reciprocidad puede revestir la función de condición suspensiva de la obligación de entrega que nace de un tratado o de la Ley si el

(1) «La mayoría de los más autorizados tratadistas modernos, defensores de la extradición, sostienen que su principio no se funda realmente en la mera conveniencia de las relaciones de buena amistad entre los Estados (*comitas gentium*) ni en las consideraciones de recíproca utilidad (*ex comitate ob reciprocam utilitatem*), sino principalmente y ante todo en la altísima idea de evitar a toda costa la impunidad y de alcanzar que el crimen se castigue donde se cometió» (CASTRO Y CASALEZ: Estudio preliminar a *La extradición y el procedimiento judicial internacional en España*, de Walls y Merino, Madrid, 1905, p. 19).

Estado requirente *de hecho* ha incumplido las obligaciones que para él se derivaban de las mismas fuentes. En este último caso, el sentido originario político de la extradición vuelve a primar sobre su naturaleza jurídica.

En cuanto al alcance del principio de reciprocidad, Donnedieu de Vabres pone de relieve cómo el respeto estricto del mismo lleva al respeto del principio de doble incriminación con notable rigidez. En su opinión, la reciprocidad completa exigiría que los términos que en los tratados designan las infracciones se apliquen a los mismos hechos concretos, que las penas mínimas sean las mismas en los dos países, que las personas objeto de extradición y que las reglas de procedimiento sean también idénticas; sin embargo, hay una serie de razones que impiden esta igualdad, por lo que para el citado autor «la reciprocidad es un mito», y «porque reposa sobre el *do ut des* y hace reinar la arbitrariedad, el sistema de la reciprocidad es contrario a los principios de derecho que regulan la competencia internacional y que a la extradición corresponde sancionar».

Schultz sostiene que «es preciso mantener, aunque de forma flexible, el principio de la reciprocidad para los tratados de extradición, pues es la única manera de hacer reconocer el principio del derecho a la igualdad de los Estados entre ellos. En tanto que base fundamental del Derecho contractual de la extradición, la reciprocidad debe comprenderse en el sentido de una equivalencia material y no de una igualdad formal de las prestaciones. Así, la obligación de perseguir al nacional cuya extradición ha sido rechazada se considera como equivalente a la extradición del nacional». También Vogler se muestra partidario de la equivalencia material antes que de la igualdad formal de las prestaciones, con referencia a las reglas que prevean, en caso de no extradición, la obligación del Estado requerido de someter el asunto a sus propias autoridades judiciales: «Las relaciones de extradición estarían más dotadas de vida si se quisiera considerar ya cumplida la condición de la reciprocidad cuando el otro Estado asumiera una obligación de valor correspondiente».

En un reciente libro sobre la extradición, el profesor Bassiouni afirma que «en una amplia extensión, la reciprocidad significa paralelismo o simetría entre los dos procesos de los Estados requirente y requerido *or as to a given aspect thereof*», y examina a continuación los siguientes aspectos: ámbito de la jurisdicción; naturaleza del mandamiento de prisión o documento de igual fuerza; diferencias en el procedimiento, como confesión por tortura, juicio en rebeldía, etc.; extradición de nacionales, y la reciprocidad como un derecho del Estado (obligatorio o facultativo para el Estado requerido). Como indica el mismo autor, «la cuestión esencial es si el principio de reciprocidad requiere que los procesos de los Estados requirente y requerido sean iguales (*alike*), o si los respectivos Estados reconocen recíprocamente sus respectivos procesos». Es dudoso que pueda considerarse respetado el principio

de reciprocidad en aquellos casos en que las facultades de uno de los Estados son más amplias que las del otro, en cuanto al examen de los requisitos necesarios para la concesión de la extradición (como sucedía en los artículos 5.º y 6.º del tratado hispano-británico de 4 de junio de 1878).

A la reciprocidad como fuente del Derecho de extradición se refieren las leyes de diversos países y tratados bilaterales y multilaterales, entre ellos el *Convenio europeo de extradición* de 13 de diciembre de 1957 (artículos 1.º, 2.º/7, 21/5 y 26/3) y el *Convenio europeo para la represión del terrorismo* de 27 de enero de 1977 (artículo 13/3).

Por lo que al ordenamiento positivo español respecta, el carácter fundamental de la reciprocidad (prescindiendo de los tratados bilaterales o multilaterales, suscritos por España, de los que resulta la obligación de todos los Estados contratantes de conceder la extradición en las condiciones que se indican) se puede rastrear en diversos preceptos de la *Ley sobre extradición* de 26 de diciembre de 1958. El artículo 2.º autoriza al Gobierno (carácter facultativo) «para prometer o convenir reciprocidad en materia de extradición» (más adelante veremos el alcance de este precepto). El artículo 3.º exige que, cuando se deniegue la extradición de los españoles o de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, se les juzgue en España, invitando al Estado requirente, «por razones de reciprocidad», a que dé seguridades de que con la persona así juzgada se respetará el principio *non bis in idem* (reciprocidad material). El artículo 4.º/3 autoriza la extradición «cuando la infracción objeto de la solicitud de extradición haya sido cometida en un tercer Estado por persona que no sea súbdito del Estado requirente si se trata de delitos que la Ley española sometería a la competencia de los Tribunales españoles, aún siendo cometidos en el extranjero por extranjeros». El artículo 6.º/6 deniega la extradición «por aquellas infracciones en las que, conforme a la legislación española o del Estado requirente, se haya extinguido por cualquier causa la responsabilidad criminal». El artículo 10/1 enumera, entre la documentación que ha de acompañar a la solicitud de extradición, «la sentencia condenatoria o el auto de procesamiento o de prisión o resolución análoga según la legislación del país requirente». Según el artículo 24 «los gastos ocasionados por la extradición en territorio nacional serán, en régimen de reciprocidad, de cuenta del Gobierno español».

B) *La reciprocidad como fuente subsidiaria del Derecho extradicional.*

En este sentido se refieren expresamente a la reciprocidad el artículo 827 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y el 951 del Código de Justicia Militar de 1945 (extradición

activa), y también el artículo 2.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 (extradición pasiva). El primero dispone que «procederá la petición de extradición: 1.º En los casos que se determinen en los tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado. 2.º En defecto de tratado, en los casos en que la extradición proceda según el Derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición. 3.º En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición sea procedente según el principio de reciprocidad». En análogos términos se pronuncia el artículo 951 del Código de Justicia Militar. En cuanto al artículo 2.º de la Ley de extradición pasiva de 1958, establece que «el Gobierno queda autorizado, dentro de las orientaciones de la presente Ley, para prometer o convenir reciprocidad en materia de extradición», la cual en principio, según el artículo 1.º de la misma disposición, se regirá: «Primero. Por lo convenido en los tratados. Segundo. Por la presente Ley cuando no existiere tratado o para suplir lo no previsto en él».

En los preceptos transcritos, la reciprocidad constituye fuente jurídica de la extradición, subordinada a los tratados (bilaterales o multilaterales) y al Derecho positivo del Estado requerido (que para España es la Ley citada de 26 de diciembre de 1958), pero, en todo caso, en estrecha vinculación con este último. La vinculación es clara para nuestro ordenamiento en el supuesto de la extradición pasiva, puesto que la reciprocidad se ha de prometer o convenir «dentro de las orientaciones de la presente Ley», lo que quiere decir que aquélla no puede motivar decisiones contrarias a las prohibiciones expresas o que vulneren las condiciones exigibles según la Ley de 1958 (véanse en particular los artículos 3.º, 6.º y 7.º de la misma).

Pero también en lo que respecta a la extradición activa existe una vinculación entre la reciprocidad y el Derecho positivo del Estado requerido, en cuanto que el Gobierno español no debe prometer reciprocidad si el Derecho interno del Estado requerido no faculta a su Poder Ejecutivo para concederla. Como dice la profesora Pastor Borgoñón, «la reciprocidad y el Derecho interno del Estado requerido no son fuentes de aplicación mutuamente excluyentes. Lógicamente, la conducta de los Estados en materia de extradición dependerá de lo que permita su legislación interna: podrán pactar u ofrecer reciprocidad solamente en aquellos casos en que su ordenamiento considere el caso susceptible de extradición. Por ello, si existía ya una promesa de reciprocidad, es porque la legislación interna del Estado requerido permitía entregar al sujeto en casos de un determinado tipo; y viceversa, si España ofrece reciprocidad, es porque nuestro ordenamiento permite acceder a la extradición en casos de esta naturaleza, y el éxito de este ofrecimiento depende de que la normativa interna del Estado requerido posibilite una resolución positiva respecto a la petición».

Poncet y Neyroud conciben las declaraciones de reciprocidad como «una especie de contrato de Derecho internacional público»

y consideran que atentan contra el mismo fin de la extradición, no son permanentes, dan lugar a soluciones diferentes en casos semejantes y consagran la arbitrariedad. Apoyándose en dichos autores, Cobo y Cuerda sostienen que «el principio de legalidad supone la exclusión de la reciprocidad como fuente de la extradición». No obstante estas críticas, el principio de reciprocidad puede ser compatible y complementario del principio de legalidad, en la medida que se indica más abajo.

1. SUJETOS

Prometer y convenir reciprocidad corresponde al Poder Ejecutivo, esto es, al Gobierno de los Estados requirente y requerido. Prescindiendo de las innegables potestades que en materia de extradición competen al Poder Judicial (debidas a la necesidad de apreciar técnicamente los condicionamientos jurídicos de la misma y a la exigencia de proteger las garantías fundamentales del *extraditurus*), la íntima relación que en la mentalidad de nuestra época todavía conservan las materias penales, y la extradición en particular, con la soberanía del Estado, y la atribución en los textos constitucionales al Ejecutivo de la competencia en cuanto a las relaciones internacionales (véase artículo 97 de la Constitución española de 1978), hacen que el Gobierno conserve facultades decisivas en este terreno, entre las que se encuentra, precisamente, la de prometer o convenir reciprocidad para la extradición. Soler indica que «el juicio acerca de la aceptación de la reciprocidad es un juicio político, reservado al Poder Ejecutivo y sustraído por su misma naturaleza a la resolución del Poder Judicial».

2. CONTENIDO

En cuanto que, como se ha indicado, el principio de reciprocidad está sometido jurídicamente a los tratados y a las leyes sobre extradición, no podrá servir de base para llevar a cabo extradiciones con infracción de los requisitos esenciales o de las prohibiciones expresas que dichas disposiciones establezcan con carácter preceptivo, ya que éstas no pueden modificarse por vías distintas de las señaladas por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la reciprocidad no puede fundamentar la extradición de responsables de delitos no comprendidos en el *numerus clausus* de las listas de los tratados (2). Esta afirmación es consecuencia del carácter fun-

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que «nos parece absolutamente intolerable que se intente estipulación alguna para un delito dado, cuando existe convenio previo de extradición en cuyo repertorio de infracciones no está comprendida la del autor que interesa reclamar. Las reglas del tratado son en este respecto expresión del principio *nullum crimen sine lege*» (*Tratado de Derecho penal* II, 1950, 2.^a edición, página 911). CEREZO MIR se limita a excluir del ámbito de la reciprocidad a los delitos excluidos expresamente de

damental (constitucional) y garantizador de los principios de legalidad y de seguridad jurídica en materia de extradición, la cual, como se sabe, constituye una excepción al también fundamental derecho de asilo. Sin embargo, aunque la lista de los tratados no pueda modificarse por un acto de simple reciprocidad, sí podría serlo como consecuencia de un pacto previo (canje de notas) entre ambos Estados o una declaración unilateral también previa en que se establezca reciprocidad con carácter general y con referencia a una o varias clases de delitos, dada la eficacia, similar a la de un tratado, de dichos instrumentos diplomáticos. (Por otra parte, admitir la posibilidad de convenir reciprocidad para un nuevo delito con ocasión de un expediente concreto y con aplicación al mismo significaría desconocer el principio de no retroactividad).

Por las mismas razones indicadas, tampoco puede la reciprocidad justificar la aplicación retroactiva de un tratado, ni el desconocimiento de las prohibiciones relativas a los delitos castigados con penas leves, las faltas o las contravenciones, la entrega de nacionales (cuando ésta se halle prohibida expresamente), la pena de muerte o los tribunales de excepción; ni puede tampoco permitir la vulneración del principio *non bis in idem* o de las reglas sobre delitos políticos (siempre que se dé la circunstancia, no fácil, de que el tratado o el Derecho interno haya acuñado un concepto de delito político) o militares, o sobre el principio de especialidad (por lo que el Gobierno no podrá consentir la ampliación de la extradición, cuando el conocimiento de la procedencia jurídica de la extradición corresponda a los tribunales); ni tampoco la entrega de personas cuyos hechos no sean delictivos o cuya responsabilidad penal se haya extinguido conforme a la legislación del Estado requerido (dejando a un lado el conflictivo tema de la amnistía), aunque subsista la responsabilidad penal con arreglo a las leyes del Estado requirente.

Tampoco se podrá, con base en el principio de reciprocidad, renunciar a la competencia preferente de los tribunales del Estado requerido, cuando esta competencia esté atribuida por normas de Derecho necesario. Por supuesto, será igualmente inadmisibles que la reciprocidad pueda justificar la entrega «administrativa» de la persona reclamada sin observar los trámites del procedimiento reglado de extradición. En cuanto a este último, ya que el artículo 18 de la Ley española de 1958 consagra el *sistema continental o de control limitado*, la reciprocidad entre nosotros, en defecto de tratado que lo establezca expresamente (vg., USA, México), no puede autorizar a los tribunales españoles a revisar los hechos y comprobar la culpabilidad del reclamado en una petición de ex-

la extradición por la Ley (*Curso de Derecho penal español. Parte general I*, 1981, 2.ª edición, página 283).

La sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de junio de 1934 consideraba que la lista de los delitos objeto de extradición constituye una «enumeración cerrada», y que su respeto es un «derecho adquirido» de los delincuentes que se refugian en un país extranjero.

tradición hecha por un país de sistema anglosajón, salvo quizá que se conceda al artículo 13/3 de la Constitución el carácter de norma interpretativa de los tratados, como hace Pastor Borgoñón. Creo que tampoco se podría, por reciprocidad, renunciar a la exigencia de que el extradicto, condenado en rebeldía, sea sometido a nuevo juicio, por el carácter fundamental que al derecho de defensa atribuye el artículo 24 de nuestra Constitución.

El ámbito propio del principio de reciprocidad será, por lo tanto, suplir la inexistencia de tratado o integrar las lagunas del mismo, en la medida en que ello no suponga la infracción de normas coactivas de aquél o de la legislación interna del Estado requerido. En consecuencia, con base en la reciprocidad, se podrá proceder a la entrega de delincuentes entre países no vinculados previamente por un tratado de extradición, pero no se podrá completar la lista de delitos admitida por el tratado existente, a menos que lo permita una cláusula abierta del tratado (lo que únicamente exigiría respetar el principio de la doble incrimination), o se formule un pacto (especialmente cuando esta posibilidad esté prevista por el tratado: artículo 5 del Convenio Europeo, relativo a delitos fiscales) o una declaración unilateral de ámbito general, en los términos ya indicados. Una declaración de ese tipo la constituye la austríaca de 13-7-1956 o la española de 21-4-1982 de «atenerse a la regla de la reciprocidad en cuanto a las infracciones excluidas del ámbito de aplicación» del Convenio Europeo de 1957 en virtud del artículo 2.º del mismo («BOE» 8-6-1982).

Igualmente, la reciprocidad podrá autorizar la entrega de nacionales, cuando la misma sea facultativa según las normas de los tratados (Estados Unidos, Méjico y artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición) o de las leyes. También se podrá conceder preferencia a los Tribunales extranjeros cuando las normas internas sobre competencia tengan carácter permisivo, si bien no parece que éste sea el caso español. No parece haber inconveniente en convenir reciprocidad para la aceptación del consentimiento como condición de procedibilidad para que la persona entregada sea juzgada por hechos distintos (principio de especialidad), o para permitir la extradición temporal, condicionada, en tránsito (artículo 23, Ley 1958), o la reextradición, o para renunciar a la indemnización de los gastos causados en el territorio del Estado requerido (artículo 24, Ley 1958). Finalmente, puede sostenerse la posibilidad de que, con base en la reciprocidad, se renuncie a la revisión de los hechos, en países de sistema análogo, que prevean aquélla como trámite del procedimiento de extradición.

Con alcance más limitado, el profesor Quintano Ripollés interpreta que la reciprocidad, en relación con la Ley española de 26 de diciembre de 1958, «no ha de alcanzar a los extremos en que la extradición se veda de un modo expreso por la Ley, como los comprendidos en los artículos 3.º y 6.º El ámbito de las convenciones de reciprocidad queda pues posiblemente circunscrito a los casos de posible concesión del artículo 4.º, además naturalmente

de las circunstancias en que la propia Ley la alude, que son las de invitar a dar seguridades de que la persona juzgada en España no ha de ser perseguida por los mismos hechos en el país a quien se concedió la extradición, del párrafo último del artículo 3.º; el de extradición de tránsito, del artículo 23, y la materia de gastos del 24» (3).

3. EFICACIA

La reciprocidad puede manifestarse en un acto unilateral (promesa) del Estado requirente, o en un acto bilateral (convenio) que tenga por sujetos a ambos Estados. Cuando el Estado requerido acepte la reciprocidad (la aceptación puede ser expresa o tácita), el efecto propio de aquélla es perfeccionar una obligación de Derecho internacional, convirtiendo en tal la que hasta entonces era solamente una obligación o una facultad de Derecho interno. (En España, en defecto de tratado que establezca la obligación de entrega de los delincuentes reclamados, será de aplicación la Ley de 26 de diciembre de 1958, cuyo artículo 4.º dispone que el Gobierno *podrá* entregar a quienes reúnan los requisitos que a continuación se expresan). El efecto vinculante de la reciprocidad entre los dos Estados que la hayan convenido debe ser de ámbito general para el futuro, respecto de los casos que presenten las mismas características. En este sentido, podría decirse que el compromiso sobre la reciprocidad produce unos efectos similares a los de un tratado, y que su infracción constituiría igualmente incumplimiento de una obligación de Derecho internacional.

4. PROCEDIMIENTO

Algunos autores y resoluciones judiciales han entendido que la reciprocidad debe pactarse en instrumentos solemnes que contengan declaraciones bilaterales generales con carácter supletorio o complementario de un tratado, pero esta tesis no puede pretender una exigencia absoluta, puesto que, como indica Soler, la reciprocidad puede acordarse (de forma simplificada) «con motivo de un pedido concreto de extradición, al que se acompaña, ya espontáneamente, ya a requerimiento del país de refugio, el ofrecimiento de igual proceder».

Según la Ley española, el Gobierno puede *prometer* o *convenir* reciprocidad. En el primer supuesto (extradición activa) la prome-

(3) La aplicación del principio de reciprocidad a supuestos prohibidos con arreglo a la Ley sobre extradición pasiva de 1958 y no prohibidos conforme a los tratados o las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que disciplinan la extradición activa (v. gr., los delitos de Prensa) puede conducir a situaciones de irregularidad, denunciadas por FALCO Y PRESENCIA, *La nueva Ley de Extradición*, Revista de Derecho Judicial, abril-junio 1960, página 145.

sa se contendrá en la nota verbal por la que la Embajada española transmita la solicitud de extradición y la documentación necesaria al Gobierno del Estado requerido. La aceptación se contendrá en la nota verbal por la que el Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado requerido haga saber a la Embajada española que se da curso a la solicitud de extradición o le comunique la resolución recaída. La aceptación puede también expresarse de modo tácito simplemente accediendo a la extradición de la persona reclamada, sin estar obligado a ello por un tratado anterior; si se hace así, el Estado requerido podrá sin duda invocar este precedente como un compromiso de reciprocidad cuando solicite una entrega del otro Estado en casos análogos.

La operatividad del principio de reciprocidad es uno de los argumentos que motivan a la profesora Pastor Borgoñón a preferir que la fase judicial preceda a la fase gubernativa en el procedimiento de extradición (y no al revés, como establece insólitamente la Ley española de 1958): «Siendo la reciprocidad un principio político y no jurídico, lógicamente debería ser examinado en el nivel político de la decisión, y no en el jurídico, es decir, debería ser utilizado en la decisión adoptada por el Consejo de Ministros y no en la resolución emitida por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, en nuestro sistema, cuando el asunto pasa a la consideración del Gobierno, el supuesto aún no se encuentra debidamente delimitado y calificado jurídicamente —labor que ha de realizar el órgano jurisdiccional—, y por tanto es difícil estudiar la conducta del Estado requirente en casos análogos, ya que no se sabe exactamente en qué grupo se ha de incluir para que la comparación sea entre iguales... Es el Ministerio de Justicia quien más facilidades tiene para conocer la actitud del Estado requirente en casos análogos en que España le pidió la extradición».

C) *La reciprocidad como condición de la obligación de entregar.*

El principio de reciprocidad no constituye propiamente una norma reguladora de la extradición, sino una simple condición, en los casos en que el Estado requerido, con independencia de lo establecido en los tratados y leyes positivas sobre la materia, subordine el cumplimiento de sus propias obligaciones de entrega de delincuentes al puntual cumplimiento de las mismas obligaciones por parte del Estado requirente en anteriores situaciones similares.

La reciprocidad ha sido rechazada por aquellos autores que conciben la extradición como una obligación jurídica, basada en la justicia o la equidad, cuya eficacia no puede quedar subordinada a la voluntad política de los Gobiernos. Así, Fiore declara que «las leyes que subordinan la extradición a la condición de la reciprocidad no son conformes a los verdaderos principios». Para

el profesor Saldaña, la reciprocidad es «un principio bárbaro de ética primitiva, por virtud del cual un Estado es justo o injusto en virtud de la conducta de otro Estado». Ya se indicó antes que una Real Comisión británica postuló en 1957 «el abandono puro y simple del principio de reciprocidad». El Instituto de Derecho Internacional (Oxford, 1880) afirmó que «la condición de reciprocidad en esta materia puede estar recomendada por la política, pero no la exige la justicia». En el mismo sentido, Schultz indica que, «si se examina la naturaleza del principio de reciprocidad, hay que dar preferencia a los autores que sostienen que la reciprocidad no constituye una condición legal de la extradición, y que estiman que el respeto de este principio puede mostrarse ocasionalmente oportuno desde un punto de vista político». El X Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1969) declaró asimismo, con lenguaje prudente, que «la condición de la reciprocidad no es exigida por la justicia y es deseable que no sea mantenida como regla rígida en el Derecho extradicional», no obstante que «es deseable que los Estados puedan pactar la extradición también en ausencia de tratados internacionales» (conclusiones 3.^a y 2.^a de la Sección 4.^a), declaraciones donde puede advertirse el sentido ambivalente de la reciprocidad.

Anteriormente hemos visto algunas críticas de varios autores al principio de reciprocidad como fuente de la extradición, pero esto a mi juicio no resulta exacto: lo rechazable es la aceptación del principio como decisión política que condicione la eficacia jurídica de las fuentes fundamentales del Derecho extradicional. (Si quisiera compaginarse el carácter esencialmente político de una denegación de extradición por falta de reciprocidad con las exigencias de la justicia, el Estado requerido habría de atenerse a otro principio esencialmente jurídico, como lo es el *aut dedere aut iudicare*).

En mi opinión, la Constitución española de 1978 concibe la reciprocidad como simple condición de la obligación de entregar cuando, en su artículo 13/3, establece que «la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de la reciprocidad», porque en esta redacción la reciprocidad se añade a la norma convencional o legal y no se presenta como una fuente supletoria, a la manera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley de 26 de diciembre de 1958. Tal sentido era aún más claro en el Anteproyecto de Constitución, que decía: «siempre que exista reciprocidad efectiva». La importancia de incluir el principio de reciprocidad fue defendido en el debate parlamentario por Fraga Iribarne (*Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 69, página 2428). También parece considerar así la reciprocidad el artículo 3.º de la Ley de 1958 al subordinar a la misma el respeto del principio *aut dedere aut iudicare* en los casos de denegación de la extradición de nacionales.

Las consecuencias de la referencia expresa a la reciprocidad en el texto constitucional y su interpretación han pasado en general

desapercibidas para los comentaristas de la Constitución. Ferrer Sanchís opina que en la redacción definitiva del artículo 13/3 «se suprimió acertadamente el calificativo *efectiva* con respecto a la reciprocidad (la noción de ésta, sea convencional o legislativa, no requiere ulteriores matizaciones)». Entre los procesalistas, Pastor Borgoñón entiende que el efecto del artículo 13/3 de la Constitución es «interpretar los tratados y la Ley de acuerdo con el principio de reciprocidad. Es decir, decidir sobre las peticiones de extradición, no de acuerdo con la interpretación jurídicamente procedente, sino con la conducta que ha seguido el otro Estado en casos análogos». Entre los penalistas, el profesor Rodríguez Mourullo afirma que «la reciprocidad como condición de la concesión de extradición resulta discutible... Una aplicación estricta de la condición de reciprocidad en las relaciones interestatales en los casos de ausencia de tratado puede acarrear una limitación excesiva de las posibilidades de extradición, con perjuicio incluso del propio Estado requerido, que puede convertirse así en un refugio de malhechores. En cualquier caso es aconsejable mantener el principio de reciprocidad en los convenios bilaterales o multilaterales como una garantía más de la igualdad de los Estados contratantes». Pero en este sentido la reciprocidad no es sino una consecuencia natural de la eficacia obligatoria de los tratados, como se ha indicado anteriormente.

El Gobierno español ha hecho uso de esta condición de reciprocidad, por lo menos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 1982, que no dio curso a diversas peticiones de extradición formuladas por Francia, a la vista de la actitud del Gobierno francés en relación con anteriores extradiciones solicitadas por España y consideradas procedentes por los Tribunales franceses.

Sin embargo, esta actitud no es jurídicamente aceptable. Si la extradición es una institución esencialmente jurídica, y de ello no cabe duda en nuestro tiempo, el cumplimiento de una obligación que dimana de preceptos convencionales y legales no puede quedar al arbitrio de una voluntad política ni justificarse por el incumplimiento de las obligaciones análogas de la otra parte. Con mayor razón, cuando en la práctica ello redunda en desprestigio de la justicia penal o en perjuicio de la persona reclamada, como sucede en nuestro procedimiento, dilatando largo tiempo la detención preventiva de la misma para finalmente ponerla en libertad.

Cuando un Estado incumple sistemáticamente sus obligaciones respecto de otro Estado con el que le vincula un tratado de extradición, la solución jurídicamente procedente no es que este último Estado actúe de igual forma, sino que denuncie el tratado existente, tal como hizo España el 13 de abril de 1978 en relación con el tratado de extradición con Gran Bretaña de 1878. En estas condiciones, el principio de reciprocidad podría recobrar su ámbito propio de vigencia, actuando para el futuro como fuente subsidiaria del Derecho extradicional, en defecto de tratado, y con subordinación naturalmente a la legislación interna de ambos países.

BIBLIOGRAFIA

- BASSIOUNI: *International extradition*, 2 vols., New York, 1983.
- CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, Madrid, 1981 (2.ª ed.), pp. 262 ss.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES Y CUERDA RIEZU: *La otra cara del problema: la extradición*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid), 56, 1979, pp. 167 ss., y 57, 1979, pp. 161 ss.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens*, Strasbourg, 1970.
- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA: *Estradizione e spazio giuridico europeo*, Roma, 1981.
- CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, I, Barcelona, 1968 (15 ed.), pp. 245 ss.
- DONNEDIEU DE VABRES: *De la réciprocité en matière d'extradition...*, Revue Generale de Droit International Public, 1928, pp. 553 ss.
- FERRER SANCHÍS: *Aspectos de Derecho internacional privado en la Constitución española*, en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 203 ss.
- FIORE: *Tratado de Derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid, 1880.
- GARRIDO FALLA Y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.
- GIANZI Y QUADRI: *Estradizione*, *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1 ss.
- JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, II, Buenos Aires, 1950 (2.ª ed.), páginas 894 ss.
- *Le X Congrès International de Droit pénal (Rome, 29 septembre-5 octobre 1969)*, Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé, 1970-1, páginas 204 ss.
- LEMONTEY: *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*, Paris, 1966.
- LOMBOIS: *Droit pénal international*, Dalloz, 1971.
- PASTOR BORGOÑÓN: *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1982.
- PIOMBO: *Extradición de nacionales*, Buenos Aires, 1974.
- QUINTANO RIPOLLÉS: *Glosas a la nueva Ley española de extradición pasiva*, Revista Española de Derecho Internacional (Madrid), 1959/1-2, pp. 99 ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS: *Glosas a la nueva Ley española de extradición pasiva, nal penal*, II, Madrid, 1957.
- Revue Internationale de Droit Pénal, num. 3 et 4 de 1968 (*X Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Rome, 1969. Quatrième question: «Les problèmes actuels de l'extradition». Session préparatoire*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1977, páginas 167 ss.
- SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, II, Barcelona, 1982, pp. 191 ss.
- SILVA MELERO: *Extradición*, Nueva Enciclopedia Jurídica, IX, Seix, Barcelona, 1958, pp. 383 ss.
- SOLER: *Derecho penal argentino*, I, Buenos Aires, 1973, pp. 177 ss.
- WALLS Y MERINO: *La extradición y el procedimiento judicial internacional en España*, Madrid, 1905 (Estudio preliminar de Castro y Casaleiz).

Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Letrado del Ministerio de Justicia, Magistrado y Profesor Titular de
Derecho Penal

I. INTRODUCCION

La coordinación de actividades y, en general, la colaboración entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia acusa —aunque menos de lo que cabría esperar— las insuficiencias de la normativa en esta materia. Sabido es que, a casi cuatro años de la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 2 de septiembre de 1979, y próximos a transcurrir dos años desde que se atribuyera la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales «hasta tanto se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial» (como se lee en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981), seguimos sin esas «leyes correspondientes» a las que se remiten para las cuestiones orgánicas y los procedimientos de actuación de dichos jueces tanto el artículo 78, 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria como la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981.

La situación se mantiene en un continuado equilibrio inestable, a cuyo mantenimiento contribuyen, a partes iguales, la profesionalidad y el celo de unos jueces y funcionarios obligados a actuar, a veces, sin una mínima normativa, y otras con regulaciones incompletas, o poco acertadas. Cuando la preocupación por la Justicia Penal es el tema de cada día, cuando las reformas sustantivas a nivel de Código son objeto de atención preferente, y cuando el contenido real de las penas privativas de libertad depende de las condiciones y circunstancias en que se ejecuten, nos encontramos con que una de las piezas fundamentales del nuevo sistema —el Juez de Vigilancia— continúa desasistida y en precario. El hecho resulta doblemente doloroso porque precisamente ahora —en tiempos de cambios legislativos— unos Jueces de Vigilancia espe-

cializados, con dedicación exclusiva y sin la actual pobreza de medios personales y materiales, podrían contribuir a suavizar la transición jurídicopenal, sobre todo si se dispusiera de un régimen de recursos que propiciara la unificación de criterios por vía jurisprudencial.

La promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria fue seguida, a pocos meses, por el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 17 de enero de 1980. Dentro de una filosofía común, la Exposición de Motivos de este segundo texto insistía en que «la pena recaída va a ser realmente cumplida bajo *intervención judicial*, sin perjuicio, en su caso, de los correspondientes beneficios penitenciarios de que pueda gozar el condenado», añadiendo que «porque se pretende que la sanción se cumpla efectivamente, se prescindió de la redención de penas por el trabajo». La realidad ha sido que el Reglamento Penitenciario, después de regular en sus discutidos artículos 256 y 257 los nuevos beneficios, silenciando la redención, tiene que ocuparse de ésta, in extremis, en sus disposiciones transitorias. Luego, para completar el confuso panorama, la reforma urgente del Código Penal, de este año, lejos de prescindir de la redención, amplía sus efectos, adelantándolos incluso a la prisión provisional.

Las líneas anteriores no pretenden derivar esta exposición hacia la problemática de la redención de penas por el trabajo, sino a subrayar —con un ejemplo de actualidad— la confusión y las contradicciones que acompañan a la reforma penal y penitenciaria. Así las cosas, las dificultades exegéticas se multiplican. En el momento actual, la Administración Penitenciaria ni puede elaborar por sí misma un criterio general único —ya que ha perdido capacidad resolutoria— ni dispone de una jurisprudencia a la que atenerse. La deficiente normativa, la natural pluralidad de Jueces de Vigilancia, la marginación —al menos en la realidad— de la Administración Penitenciaria como posible recurrente, y la frecuente pasividad del fiscal frente a las resoluciones de los jueces (los recursos interpuestos por el Ministerio Público no parecen haber sido muchos) han contribuido a modelar la situación presente.

Con todo, el problema no afecta sólo a la Administración Penitenciaria, a los Jueces de Vigilancia y al Ministerio Fiscal. También los Tribunales sentenciadores mantienen a veces posiciones muy variadas sobre un mismo punto. Otras, su criterio contradice al del Juez de Vigilancia... dejando en medio de la disparidad al director de un determinado centro penitenciario. En ocasiones, las dificultades atañen a las competencias del Juez de Vigilancia respecto a los condenados por la jurisdicción militar.

Como consecuencia, la colaboración entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia aparece ahora más necesaria que nunca, aunque sólo sea para superar conjuntamente las difíciles condiciones en que han de desarrollar su labor. Según el

párrafo 2.º de la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario, «los diversos organismos de la Administración Penitenciaria, en sus respectivos casos, se relacionarán con dichas autoridades (los Jueces de Vigilancia), a efectos de elevación de expedientes y colaboración en cuantos asuntos sean legalmente de su competencia». Una declaración demasiado vaga y, como tal, posiblemente superflua.

II. LA MULTIPLE FUNCION DEL JUEZ DE VIGILANCIA

No creemos que el nacimiento de la figura del Juez de Vigilancia español haya sido muy feliz. Aparte las deficiencias orgánicas y procesales ya apuntadas, es lo cierto que tampoco la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario son ejemplo de claridad en cuanto a la naturaleza y funciones del nuevo órgano. El Título V de la Ley abunda en preceptos que admiten diferentes lecturas. De una parte, en el artículo 76 se recogen funciones en las que las decisiones del Juez parecen superponerse a la actuación administrativa. De otra, el artículo 77 nos presenta a un Juez que formula o transmite propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Con todo, la división de funciones no resulta tan sencilla, puesto que el artículo 76.2 detalla algunas de muy distinto contenido. Se trata de una enumeración poco cuidada técnicamente —quizá debido al amplísimo consenso con que la Ley, es decir, sus principios inspiradores, fue acogida en las Cortes Generales—; y así, junto a casos indubitados de recurso (letras e y f), hay resoluciones sobre propuestas (b), aprobaciones de propuestas (c), aprobaciones sobre propuestas no exigidas expresamente (d), autorizaciones (i), etc., pero también una vaga referencia (g) a «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos». La vaguedad de esta última previsión se presta a muy distintas interpretaciones, y constituye, sin duda, uno de los mayores escollos en la relación entre Jueces de Vigilancia y Administración Penitenciaria. La cuestión ahora no es discutir el reparto de funciones, ni siquiera lamentar la pobre fórmula elegida por el legislador, sino salir al paso de los problemas que plantea.

La propia polémica sobre la denominación más certera para quien la Ley Orgánica General Penitenciaria llama Juez de Vigilancia pone de relieve la variedad de distinciones. Ruiz Vadillo, acudiendo al derecho comparado, prefiere el nombre de Juez de ejecución de penas. En nuestro derecho, la expresión Juez de Vigilancia Penitenciaria se encuentra en los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio y 8 de octubre de 1981. Real-

mente, ocurre que el nuevo Juez es de ejecución de penas, por un lado, y de vigilancia por otro, según consideremos sus «atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta», en orden a lo cual asumen «las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores», o, por el contrario, las encaminadas a «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse», supuesto éste último en el que resulta indiferente que el interno sea penado, preso preventivo o simple detenido. Ese distingo —presente en el artículo 76.1 y 2 a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria— reaparece en las restantes letras del propio artículo 76.2, si bien la enumeración carezca de la más elemental sistemática. De tal cualidad se desprenden consecuencias importantes, entre ellas las que atañen al órgano judicial que deberá conocer, en su caso, de los recursos interpuestos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia. Sin embargo, se observa en la práctica una cierta «fijación» del problema hacia su vertiente de ejecución penal, y aún cabe citar en esta línea las prevenciones del Presidente del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1981, en las que se afirma «corresponder a *todas* las competencias del Juez de Vigilancia, que enumera el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el carácter de actividades realizadas en ejecución de sentencia».

A continuación procuraremos trazar los límites de la actuación del Juez de Vigilancia en relación con la Administración Penitenciaria. Empezaremos por el problema básico, el de la línea divisoria entre el Poder Judicial y Administración Pública, en general; y seguiremos con el examen de los principales contactos derivados de aquellas atribuciones concretas confiadas al Juez de Vigilancia por la vigente normativa.

III. EL JUEZ DE VIGILANCIA COMO ORGANO JUDICIAL

Ha sido una constante en nuestra doctrina sostener que los nuevos jueces no deben ser nunca el vértice de un establecimiento, ni el superior jerárquico de los respectivos directores, sino sencillamente la Autoridad Judicial que, de alguna manera, continúa su cometido de juzgar. El propio García Valdés, comentando los artículos 76 a 78 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, escribe que «en cualquier caso, ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la Administración Penitenciaria y las de los Jueces de Vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquéllas por las de éste, pues, como ya he dicho, sería venir a reconocer facultades de decisión del establecimiento a toda autoridad judicial». Añade este autor que, «precisamente porque las funciones de dirección, organización e inspección de los distintos centros penitenciarios corresponde a la Administración y a sus funcionarios, el artículo 77 establece la naturaleza de órgano con-

sultivo de los Jueces de Vigilancia respecto de determinadas materias que no figuran entre la enumeración de sus competencias específicas».

No parece que nadie haya objetado nada a tales afirmaciones en el terreno de los principios, pero, la realidad nos enseña cómo no es raro que en los centros penitenciarios e incluso en la Dirección General se reciban comunicaciones de los Jueces de Vigilancia en las que se ordena algo, o se concede algo a algún interno, a espaldas de una Administración Penitenciaria que ni siquiera ha sido oída. Unas veces la resolución se agota en un centro determinado, pero en ocasiones trasciende del propio territorio del Juzgado (así en los traslados a otros establecimientos). En la base de tales resoluciones suele encontrarse el artículo 76, 2. g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es decir, ese régimen de peticiones o quejas, cuya imprecisión hemos criticado anteriormente, y sobre cuyo alcance, contenido y distinción de los recursos poco o nada aventuran los autores. Los Comentarios a la Legislación Penitenciaria de García Valdés no son aquí una excepción.

Dicha práctica —perturbadora, y, a nuestro entender, ilegal en la mayoría de los casos— se ve favorecida, además de por la vaguedad del sistema de peticiones o quejas, por la falta de una normativa sobre recursos y por la desconexión entre la Administración Penitenciaria y el Ministerio Público. También el Fiscal es víctima, como los Jueces de Vigilancia, de la penuria de medios personales o materiales, pero en definitiva sucede que la Administración Penitenciaria, a un nivel u otro, se ve en la alternativa de cumplir sin más algunas resoluciones judiciales que considera claramente improcedentes, o confiar en que unos contactos más o menos oficiosos hagan el mismo efecto que un recurso de reforma. La Consulta núm. 2/1981 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de octubre, es una muestra de las dificultades con que el Ministerio Público tropieza para cumplir eficazmente en el nuevo marco penitenciario las funciones que le atribuye el artículo 124 de la Constitución. Por su parte, el Servicio Técnico y Jurídico de Instituciones Penitenciarias dirigió un escrito, el 8 de octubre de 1982, a todos los centros dependientes de la Dirección General sobre la posible intervención del Ministerio Fiscal como representante de la Administración Penitenciaria en los recursos contra resoluciones del Juez de Vigilancia. Con todo, poco se ha avanzado en esta línea. Las relaciones continúan siendo fundamentalmente bilaterales, es decir Juez de Vigilancia-Administración Penitenciaria. Confiemos en que en el futuro el Ministerio Fiscal pueda asumir plenamente las importantes funciones que le corresponden.

Volviendo a la cuestión principal —la fijación del límite entre Administración y Jurisdicción— conviene recordar que el artículo 72 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia de 12 de junio de 1968, encargó a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, como no podía ser menos, la dirección, gestión y

resolución de todos cuantos asuntos afecten a la Administración y al Régimen Penitenciario. La Ley Orgánica General Penitenciaria crea la figura del Juez de Vigilancia, con intervención decisiva en, al menos, aspectos muy concretos del Régimen Penitenciario (así en lo referente a los permisos y al régimen disciplinario), pero respetando siempre lo genuinamente administrativo, como prestación de un servicio. Su artículo 79 insiste en que «corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley» (a salvo la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas). Antes, su artículo 77 parece limitar las atribuciones de los Jueces de Vigilancia, en una serie de materias, a la formulación de propuestas.

Corresponde, pues, a la Administración trazar y llevar a efecto, en el marco de la nueva normativa, la política general penitenciaria. Sólo la Administración puede decidir el destino de sus centros en relación con la población interna, procurando a la vez que las actuales insuficiencias materiales se vayan corrigiendo hasta alcanzar el nivel óptimo previsto en la Ley Orgánica General penitenciaria. Como es lógico, este proceso no debe ser perturbado por resoluciones judiciales que, por definición, únicamente contemplan una realidad parcial, es decir, la de los internos y centros de un territorio concreto. Si las resoluciones judiciales adoptaren en esas materias la forma de decisiones y no la de recomendaciones o propuestas, podría llegarse al colapso de la Administración Penitenciaria o a la pura imposibilidad de cumplimiento. Valga el ejemplo de la pluralidad de acuerdos de ingreso en un Hospital Penitenciario con todas sus plazas ya ocupadas. O el de esas órdenes de traslado por razones familiares, para las que el Juez ha contemplado tan sólo las concurrentes en un peticionario determinado.

Pensamos que las líneas anteriores señalan ya una frontera insalvable para las actuaciones de los Jueces de Vigilancia. El artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento del Ministerio de Justicia conectan en definitiva —aunque este último sea del año 1968— con el artículo 97 de la Constitución, a cuyo tenor el Gobierno dirige la Administración Civil y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Esto significa que toda la normativa penitenciaria ha de interpretarse respetando la existencia de un marco claramente administrativo ajeno a la competencia del Juez de Vigilancia, aunque éste desarrolle dentro del mismo sus funciones específicas. Las decisiones de estos nuevos órganos judiciales deben referirse a la ejecución de sentencias o a la salvaguarda de los derechos de los internos en casos concretos, como corresponde a la esencia de la jurisdicción, y más, si cabe, de la jurisdicción penal. De otro lado, esa actividad judicial ha de respetar y asumir la organización penitenciaria, lo que no es incompatible con el deseo de mejorarla y la elaboración de propuestas con tal finalidad.

La actuación individualizada de los Jueces de Vigilancia en cuanto a los internos —al menos cuando se trata de resoluciones propiamente dichas, o sea, capaces de alcanzar fuerza ejecutiva— ratifica un segundo límite: el de que aquéllos carecen de potestad reglamentaria. Como se expuso en la reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Madrid los días 26 y 27 de abril de 1982, no les compete dirigir Circulares a la Administración Penitenciaria, aunque sí puedan enviar comunicaciones para subsanar los defectos observados en un expediente particular o pedir información. En la misma reunión prevaleció igualmente el criterio —la otra cara de la moneda— de que la Administración Penitenciaria no debe elevar consultas a los Jueces de Vigilancia. La cuestión es importante, porque las insuficiencias normativas, sufridas en igual grado por los nuevos órganos judiciales y por los establecimientos penitenciarios, estimulan a unos y otros en la búsqueda conjunta de soluciones. Dentro de la anómala situación actual no parece haya que rasgarse las vestiduras ante tales formas de colaboración —por anómalas que a su vez sean—, pero conviene no olvidar los principios, evitando que los cambios de impresiones se transformen en claras corruptelas jurídicas perfectamente documentadas.

Se llega así al difícil tema de las posibles actuaciones judiciales nulas de pleno derecho. El sincero deseo de la Administración en el sentido de aceptar e interpretar ampliamente el control de su actividad por parte de los Jueces de Vigilancia no permite saltar sobre las fronteras de carácter público e imperativo. Con otras palabras, al margen de las dificultades para distinguir nítidamente entre la nulidad radical y la relativa, es evidente que en algunos casos la Administración Penitenciaria podría verse obligada a rechazar de plano las resoluciones de los repetidos jueces. Cuando, más adelante, examinemos algunos de los requisitos a que ha de sujetarse la actuación judicial en materias concretas, veremos cómo la nulidad de pleno derecho admite causas muy diversas. No hace falta subrayar la perturbación que en el normal funcionamiento de las Instituciones Penitenciarias pueden ocasionar algunas resoluciones que, quizá sin conocimiento por parte del Fiscal, se reciben en los establecimientos penitenciarios como órdenes de obligado cumplimiento, pese a presentar notorios vicios esenciales. Piénsese en traslados de internos a centros no acordes con su clasificación o en la concesión de permisos de duración superior a la establecida legalmente. Ocurre entonces que a la Administración se le trasladan resoluciones ya firmes, ante las que —al no existir recurso— sólo cabe el acatamiento o el rechazo frontal. La petición al Juez de que reconsidere el caso, aunque quizá aconsejable en principio, no deja de ser una solución insatisfactoria que, de un lado, implica el tácito reconocimiento de que la resolución puede ser, en definitiva, ajustada a derecho, y de otro equivale a una suspensión temporal, no siempre compatible con el tenor de lo ordenado.

IV. LAS PETICIONES O QUEJAS

De las peticiones o quejas de los internos se ocupa —como ya se dijo— el artículo 76.2 g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, si bien de modo tan imperfecto, que resulta imposible llegar a conclusiones pacíficas sobre su alcance y consecuencias. Para empezar, no se trata de cualesquiera peticiones o quejas, sino sólo de las que guarden «relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte (sic, en singular) a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios». Se ha querido delimitar la materia, pero el legislador no ha tenido fortuna, ni en el fondo, ni en la forma. Aparentemente se exige, de un lado, la relación con el régimen y el tratamiento, y de otro que además queden afectados —en alternativa— los derechos fundamentales o los derechos y beneficios penitenciarios. Sin embargo, el «afecte», en singular, introduce una cuña entre el régimen (no sometido a condicionamientos ulteriores), y el tratamiento (en cuyo caso se exige además la repercusión en los derechos y beneficios antes citados), lo que conduce a resultados poco aceptables. Profundizando algo más, se observa otra incorrección por cuanto la lesión de los derechos penitenciarios no es nunca cualificación suficiente, como tampoco lo es separadamente el menoscabo de los beneficios de tal índole, sino que se exige la referencia conjunta a dichos derechos y beneficios, lo que, o no tiene mucho sentido, o constituye pura redundancia. Desde otro ángulo, difícilmente cabe concebir que un interno se queje de algo que no afecte al régimen o al tratamiento, y, como secuela casi inevitable, a sus derechos fundamentales o penitenciarios, o a los beneficios de esta última clase. Quizá por eso el artículo 50.1 de la misma Ley, aunque dedicado en primera línea a las peticiones y quejas formuladas por los internos ante el director (y no, prima facie, a los dirigidos al Juez de Vigilancia) sólo exige que aquéllas sean relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento».

La oscuridad apuntada más arriba sobre lo que pueda ser objeto de queja o petición casa perfectamente con la que acompaña a la propia denominación. Se nos escapa la diferencia que pueda haber entre quejas y peticiones, como parece se le escapa tanto a la Ley Orgánica General Penitenciaria como al Reglamento Penitenciario, cuando en las rúbricas del Capítulo VII, del Título II de aquéllas, y del Capítulo X del Título del Reglamento, sólo se alude —aparte de a la información y a los recursos— a las quejas. Por desgracia, el artículo 105 del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 16 de abril de 1980, lejos de unificar conceptos, añade un vocablo más, el de «reclamaciones». Está visto que la precisión en el lenguaje no preocupa excesivamente al legislador español de nuestros tiempos.

Volviendo a la vigente normativa penitenciaria, el texto del artículo 76, 2 g) de la Ley Orgánica no ha merecido siquiera

reflejarse en el Reglamento Penitenciario. Así, sus artículos 6, 2.º y 134, 1 prescinden del farragoso condicionamiento del mencionado artículo legal, prefiriendo declarar escuetamente —como el artículo 50, 1 de la misma— que los internos tienen derecho a formular «peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del Establecimiento».

Con todo, quizá el defecto fundamental de la regulación legal y reglamentaria radique en que no se sabe muy bien qué debe hacer el Juez cuando considere justificada la queja o petición. Según el repetido artículo 76, 2 g) de la Ley Orgánica, corresponde al Juez de Vigilancia «acordar lo que proceda», lo que no es mucho decir. Tanto es así, que el Reglamento opta por silenciar tal frase —pese a seguir en general la técnica de reproducir el texto legal—, y no se atreve ni a desarrollar aquella expresión, ni siquiera a sustituirla por otra. Lo que en realidad sucede, es que, a falta de mejor solución, el Reglamento regula las quejas y peticiones como unos cuasirecursos o recursos innominados. Léase al respecto su artículo 134, que a su vez entronca con la curiosa y confusa redacción del artículo 6,1, a cuyo tenor «los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y utilizar los recursos legales en relación con las reclamaciones y peticiones que formulen».

No conocemos ningún trabajo o comentario que haya intentado siquiera arrojar un poco de luz sobre esta materia, una de las más oscuras y trascendentes de nuestro ordenamiento penitenciario. En tales circunstancias, cuanto digamos a continuación no pasa de ser opinión muy discutible, justificada únicamente por la necesidad de avanzar alguna exégesis que, acertada o no, rompa el actual punto muerto.

1. *Las quejas y peticiones no son recursos.*

La insuficiencia —y aun confusión— reglamentarias en cuanto a la regulación de las quejas y peticiones, por un lado, y de los recursos por otro, no impiden defender su distinta naturaleza. Esta afirmación, que identifica las quejas con las peticiones, pero no con los recursos, es una de las que pueden hacerse con mayor seguridad en esta materia. Carece de sentido interpretar que, en la práctica, los recursos se extienden —ahora con otra denominación— a todo el ámbito penitenciario. Dicha exégesis incurrirá en el contrasentido de someter las cuestiones más importantes a unos recursos nominados —los del artículo 72, 2 e) y f)— sujetos a determinados requisitos procesales, por mínimos que sean, y simultáneamente llevar a las restantes cuestiones el remedio generoso de otros recursos (las peticiones o quejas) de igual eficacia resolutoria, pero libres de todo condicionamiento temporal o formal. La superposición o coincidencia de quejas y recursos sobre un mismo punto parece contradecir, por último, cualquier consi-

deración lógica. Durante las reuniones de los Jueces de Vigilancia en Madrid, en abril de 1982, se hizo hincapié en que las peticiones y quejas formuladas por los internos no deben ser causa para producir resoluciones no autorizadas expresamente por otras normas, ni convertirse en recursos informales.

Tal vez la reserva legal para las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación (art. 78, 1, de la Ley Orgánica General Penitenciaria) sirva también, en cierto modo, para subrayar aquella diferencia. Las quejas podrán ser objeto de normativa reglamentaria —centrada en la forma de su acceso a un Juez, que procederá luego discrecionalmente, sin posibilidades de impugnación posterior de sus acuerdos—, mientras que de los recursos se ocuparía una Ley propiamente dicha (Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial, si no se prefiere la legislación especial).

2. *Efectos comunes de las quejas.*

No hay duda de que, como consecuencia de una queja, el Juez de Vigilancia puede dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas. Se trataría entonces de conectar entre sí el artículo 76, 2 g) y el artículo 77, ambos de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Lo que el Juez puede hacer de oficio, puede hacerlo también a instancia de parte.

Interesa subrayar, sin embargo, que el repetido artículo 77 se refiere a mejoras o correcciones de tipo general, lo que explica que el destinatario de la propuesta sea siempre la Dirección General, y no un órgano inferior, prescindiéndose incluso de los centros penitenciarios afectados por la sugerencia. Ciertamente, la jerarquía administrativa no sería óbice para que en ocasiones las iniciativas judiciales pudieran encontrar eco a ese nivel inferior; pero el problema no radica en estudiar ahora ese extremo, sino en pasar, de las quejas sobre dirección u organización, a las que tienen como contenido la supuesta lesión a los derechos de internos concretos.

Una primera solución en cuanto al régimen y efectos de estas últimas consistiría en acudir a los trámites que se estimaran oportunos para reunir información sobre su alcance y consecuencias, y hecho esto —si así se estimase pertinente— trasladar las conclusiones a la Administración Penitenciaria. El supuesto no parece hallarse previsto expresamente en el tantas veces mencionado artículo 77, pero responde a su espíritu y se enmarca, además, en la colaboración propugnada en la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario. A la Administración incumbe luego adoptar, a su propio arbitrio, las reformas que considere oportunas en cada caso.

El principal reproche a la anterior solución quizá consista en que con ella la queja nunca desembocará en una resolución judi-

cial con fuerza ejecutiva. La objeción es grave, aunque la diferencia de efectos entre las quejas y los recursos no haría sino reflejar su distinta naturaleza. En realidad, el problema se relaciona con la multiplicidad de funciones del Juez de Vigilancia, entre las que, además de las correspondientes a la ejecución penitenciaria en sentido estricto, y a la garantía —con decisiones ejecutivas— de los derechos básicos de todos los internos, cabe añadir otras muy próximas a las que ostenta el Defensor del Pueblo.

Según el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, «cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigir las al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en el Informe General a las Cortes Generales pueda tener el tema». Con otras palabras, el Defensor del Pueblo parece no tener competencias reales en la materia. En todo caso, queda claro que no conoce de recurso alguno y que sus resoluciones carecen de ejecutoriedad.

La cita anterior ofrece particular interés, porque la Administración Penitenciaria —aunque no mencionada expresamente, y pese a no ser parte formal de la Administración de Justicia— comparte con aquella actividades que se insertan en la ejecución de la pena o de otras medidas privativas de libertad. Toda la nueva normativa penal se orienta a la efectiva judicialización de aquella ejecución. La Administración Penitenciaria conserva un ámbito propio —el genuino administrativo— consistente en la «dirección, organización e inspección» de sus Instituciones (art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), pero a los Jueces de Vigilancia corresponde «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» (artículo 76.2 a) de la misma Ley). Igual línea sigue —pero sin limitarse a los penados— el número 1 del repetido artículo 76. Existe, pues, una zona, en la que ya no se trata de Administración pura, sino de individualización del contenido de una pena, de acuerdo con un tratamiento sometido a control judicial. Surge, en consecuencia, la pregunta de hasta qué punto nos hallamos ante una parcela de la Administración de Justicia, cuya especialidad reconoce el citado artículo 13 de la Ley Orgánica 3/1981.

A tenor del artículo 117.3 de la Constitución, «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establecen». Por su parte, el artículo 118 de la Ley Fundamental, añade que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jue-

ces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y *en la ejecución de lo resuelto*». Insistimos, pues, en la distinción entre la Administración Penitenciaria como servicio específico —aunque siempre complementario al quehacer de los Tribunales— y su colaboración con éstos, facilitándoles la individualización continuada de la ejecución penal en cada caso.

Dejando aparte el mayor o menor recorte de las competencias del Defensor del Pueblo en la ejecución de la pena y en la protección de los derechos de los internos en establecimientos penitenciarios, la normativa de aquella Institución puede servir de referencia para los efectos de las quejas ante el Juez de Vigilancia. En tal sentido, cobra mayor fuerza el criterio contrario a las resoluciones ejecutivas. El Defensor del Pueblo actúa de oficio o a petición de parte, precisamente mediante «quejas» (artículos 9 a 18 de su Ley Orgánica), pero, «no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública» (art. 28.1), sus pronunciamientos se conforman como sugerencias, advertencias, recomendaciones y recordatorios (arts. 28.1 y 2, y 30.1).

3. Posibles efectos decisorios.

Si, en general, no parece que las quejas ante los Jueces de Vigilancia, por incorrecto funcionamiento de la Administración Penitenciaria, puedan desembocar en resoluciones con mayor eficacia directa que las emanadas del Defensor del Pueblo, cabe imaginar algunas excepciones con base en el propio carácter jurisdiccional de aquellos órganos. Dicho de otro modo, la judicialización de la ejecución penal y la protección de los derechos de los internos —encomendadas de forma inmediata a los Jueces de Vigilancia— quedan incompletas con el parco sistema de recursos recogido en el artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Las soluciones pueden consistir en desarrollar en el Reglamento un régimen de recursos mucho más amplio —amparado en la amplia fórmula con que se refiere a este particular el artículo 76.1— o en entender que en aquellas cuestiones las quejas son medio idóneo para decretar una anulación o provocar directamente una determinada actuación.

Un ejemplo ilustrará lo expuesto. La resolución, aprobación o autorizaciones del Juez de Vigilancia presuponen propuestas o concesiones previas de las Juntas de Régimen y Administración o de otros órganos encuadrados en la Administración Penitenciaria. En este orden de cosas, basta la lectura del tan repetido artículo 76.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para comprobar hasta qué punto aquella actividad incide sobre la esencia misma de la pena: la libertad condicional, los beneficios penitenciarios que suponen acortamiento de condena (incluyendo ahí la reden-

ción de penas por el trabajo) y —a nivel inferior— la aprobación de algunas sanciones de aislamiento en celda y la autorización de determinados permisos. Sin el control judicial directo sobre las propuestas o concesiones previas —o sobre su ausencia— la intervención del Juez de Vigilancia en temas de tan considerable importancia quedaría al arbitrio de unos órganos que, en puridad de principios, deben colaborar con aquella jurisdicción, pero no sustituirla.

La sentencia penal no es algo estático y quieto, sino —como escribe Ruiz Vadillo— un principio de actividad que dinámicamente se agrava o atenúa. Con otras palabras del mismo autor, la pena es una institución delicadísima que se pone en manos del Poder Judicial y ha de ser concebido como un todo infraccionable. De ahí que sus alteraciones deban someterse a unas garantías que enlazan con el propio artículo 24 de la Constitución. Pensamos que esas vicisitudes, verdaderas novaciones de la pena inicial, pueden constituir el campo de aplicación adecuado para unas quejas que, sin sometimiento a plazo o formalidad —o con finalidades y tramitaciones aún más sencillas que en los recursos—, permiten llevar a conocimiento del Juez la lesión concreta de un derecho o beneficio. No se trata entonces de organización o dirección de las Instituciones como tales, sino de corregir, en uso de la propia competencia, lo que merece corrección, llevando a sus últimos efectos el principio de garantía ejecucional.

Avanzando un poco más en esta línea, quizá resulte oportuno distinguir entre lo que el Juez puede considerar jurídicamente erróneo y lo que —por decirlo así— constituye la aportación específica de los Equipos de Observación y Tratamiento o de las Juntas de Régimen y Administración. Hay valoraciones extrajurídicas —de marcado acento pericial— que parecen escapar, por naturaleza, de toda intromisión judicial, siendo, por el contrario, presupuesto de la ulterior resolución del Juez de Vigilancia. Sin embargo, otras veces el problema girará sobre la exégesis de la normativa aplicable, materia esta en la que deberá aceptarse, e imponerse en su caso, el criterio de quien representa a la Jurisdicción.

Volvamos a un ejemplo. Sabida es la polémica que el desfase legislativo ha originado sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la vieja redención de penas por el trabajo y el nuevo beneficio regulado en el artículo 256 del Reglamento Penitenciario de 1981. La opinión contraria a la acumulación fue sostenida desde el primer momento por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que la dio a conocer en su Orden Circular de 17 de noviembre de ese año, y la ratificó de manera rotunda en la Nota normativa aplicable, materia ésta en la que deberá aceptarse, e 1982. Afortunadamente, dicho criterio fue seguido también por los Jueces de Vigilancia durante su reunión en Madrid en los días 26 y 27 de abril de 1982. La pregunta consiste en saber si, caso de que los Jueces de Vigilancia —o alguno de ellos— rechazara la

incompatibilidad, podría ordenarse, con base en una queja, la elevación de propuesta para el beneficio del artículo 256 respecto a quien ya se encontrase redimiendo penas por el trabajo (siempre que, como es natural, reuniera los requisitos de aquel precepto reglamentario).

El tema es delicado, pero de capital interés, porque está en juego el valor real de las propias Circulares o Instrucciones, de tanto arraigo administrativo. Sea cual fuere la posición —o posiciones— de los Jueces de Vigilancia sobre este particular, parece conveniente enriquecer con ellas el debate.

V. LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

En el artículo 76.2 d) de la Ley Orgánica General Penitenciaria se atribuye a los Jueces de Vigilancia la aprobación de las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. Tanto el artículo 42.2 de la Ley como el 111 del Reglamento Penitenciario recogen dos sanciones de aislamiento, una de «aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días» y otra de «aislamiento de hasta siete fines de semana»; de manera que procede aclarar en primer lugar a cuáles se refiere la aprobación judicial.

La regulación legal y reglamentaria parece confundir en ocasiones ambas sanciones o, al menos, someterlas a un régimen común (artículos 43 de la Ley y 112 del Reglamento), mencionándose unas veces el aislamiento en celda y otras sólo el aislamiento (aunque también la sanción del artículo 42,2 b) se cumpla en celda), lo que no impide que algunas previsiones de dichos preceptos —al igual que las del artículo 42.4— apunten exclusivamente al aislamiento ininterrumpido. Dejando esos extremos, y regresando a la cuestión que ahora nos interesa, pensamos que la aprobación judicial se construye a la sanción que el propio ordenamiento denomina «aislamiento en celda», es decir, la más grave de todas. Sólo ésta correcta literalmente con el artículo 76.2 d) de la Ley Orgánica y se computa por días. La duración superior a catorce días para el aislamiento de fin de semana —posible en pura acumulación cronológica cuando hubiera repetición de infracción— vendría siempre viciada por ese carácter intermitente, que determina su menor gravedad.

La Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981, advirtió ya que, dado que la sanción de aislamiento en celda no podrá exceder en principio de catorce días, la necesidad de aprobación por el Juez de Vigilancia únicamente se producirá en los casos de repetición recogidos en los artículos 42.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 114 del Reglamento Penitenciario. Llamaba también la atención sobre la diferencia entre la sanción de aislamiento en celda por más de catorce días y el cumplimiento sucesivo de varias sanciones de

aislamiento, cuya suma se halla limitada —no a nivel de imposición, sino de ejecución— por el triple del tiempo correspondiente a la más grave y, además, por la prohibición de no exceder de cuarenta y dos días consecutivos (art. 42.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 115 del Reglamento Penitenciario). En el segundo supuesto no se requerirá aprobación del Juez de Vigilancia.

Según el artículo 76.2 d), compete al Juez «aprobar las sanciones de...», pero, separándose de otros supuestos —los b) y c)—, omite toda referencia a posibles propuestas. El texto ha de interpretarse como hace el Reglamento Penitenciario, cuyo artículo 263 indica ser funciones de la Junta de Régimen y Administración, entre otras, «acordar... la imposición de correcciones disciplinarias a los que cometieren faltas reglamentarias...». Nada se dice sobre propuestas, sencillamente porque no se eleven propuestas al Juez, sino que se somete a su consideración el propio acuerdo en que han sido impuestas. Otra cosa es que las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días no sean ejecutivas hasta la aprobación judicial, tal y como entendieron los Jueces de Vigilancia en su reunión de abril de 1982.

Desde el punto de vista práctico se repite aquí —hasta cierto punto— la suspensión de firmeza y efectividad que acompaña generalmente a la interposición de recursos en esta materia (artículo 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 124 del Reglamento Penitenciario). Hay, sin embargo, una particularidad, consistente en que en el aislamiento de más de catorce días no cabe nunca adelantar la ejecución cuando se trate de un acto de indisciplina grave, puesto que —a diferencia de lo que sucede con los recursos— el ordenamiento penitenciario no prevé excepciones, sin duda por ser incompatibles con la necesidad de aprobación judicial de la sanción. En algún caso las Juntas de Régimen han querido entender que, para no empeorar la situación de la Administración respecto a lo que ocurre con los aislamientos que no superan aquella duración, ha de admitirse el excepcional cumplimiento inmediato de la sanción en sus primeros catorce días, pero tal solución no parece correcta de lege data. Desgraciadamente, la aplicación de medios coercitivos al amparo del artículo 123 de la Ley Orgánica General Penitenciaria —entre los que se cita el «aislamiento provisional»— no alcanza a llenar satisfactoriamente el vacío que comporta la falta o el retraso de la aprobación del Juez de Vigilancia.

En la repetida reunión de jueces fue abordado igualmente el tema de si la desaprobación podría ir acompañada de alguna indicación, estimándose, en definitiva, que la Autoridad Judicial podría señalar a la Junta de Régimen y Administración la sanción que considerara procedente. La cuestión no es fácil, porque, si bien responde a obvias razones de economía procesal y celeridad, perturba —en buenos principios procesales— las relaciones entre ambos órganos. Aquí no hay recurso, ni siquiera propuesta, sino

una resolución de la Junta, sometida, eso sí, a aprobación judicial. Sin embargo, quizá las razones a favor de aquella posibilidad sean las de mayor peso en un ordenamiento más preocupado de la eficacia que de las formas. De ahí la conveniencia de examinar con algún detalle el carácter que debe adoptar, en tales casos, la réplica del Juez. En esa línea, nos parece menos polémica la reducción directa de la sanción que la transmisión de una contrapropuesta o indicación, que podrá o no ser asumida por la Junta. Aparte de lo que la segunda solución implica de pérdida de tiempo, no es de recibo que el órgano judicial de control de la Administración Penitenciaria descienda a la posición de consejero en materia de la que —para mayor absurdo— puede volver a conocer por vía de recurso. Más sencillo resulta que el Juez de Vigilancia apruebe el aislamiento, recortando su duración incluso por debajo de los quince días, o en su defecto lo transforme en otra sanción de menor gravedad, de manera similar a lo que sucede en los recursos. En definitiva, el problema está ahí, esperando una solución satisfactoria.

El artículo 76.2 e) de la Ley Orgánica General Penitenciaria encomienda también a los Jueces de Vigilancia «resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias». No es éste el momento de insistir en unas insuficiencias procesales, de las que se han hecho eco las prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981, la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre del mismo año, y la tan repetida reunión de los Jueces de Vigilancia. Son otros extremos los que quisiéramos examinar, aunque las opiniones sean pacíficas en alguno de ellos.

El recurso se extiende a todas las sanciones, excepto las de aislamiento en celda precisadas de aprobación. Habría que excluir, además, las que, rechazada aquella aprobación, pudiera acoger el Juez en su resolución como sustitutorias de la desestimada. No habría en tales supuestos una disminución de garantías por la falta de recurso, sino un cambio de régimen, consistente en el inicial disfrute de las reservadas a las sanciones de mayor gravedad.

Aunque el recurso parece centrarse en los acuerdos de las Juntas de Régimen y Administración imponiendo las sanciones, la verdad es que la formulación legal —reclamaciones «sobre sanciones disciplinarias»— permite extenderlo a cuestiones incidentales. Piénsese en el cumplimiento de la sanción recurrida, cuando la Administración considera que la corrección no puede demorarse por responder a un acto de indisciplina grave. Al Juez competente entonces, al conocer del recurso principal, examinar la concurrencia de aquella circunstancia y, en su caso, ordenar la suspensión. También la ejecución misma de la sanción ya firme puede suscitar dificultades similares a las que ofrece la ejecución penal. Cuando no cabe el cumplimiento simultáneo de las diferentes

sanciones impuestas, se sigue un orden jerárquico, debiendo respetarse además determinados límites máximos (artículos 42.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 115 del Reglamento Penitenciario). Se trata de una normativa claramente inspirada en la regulación del concurso real en el artículo 70 de nuestro vigente Código Penal. Las reclamaciones sobre su observancia tal vez merezcan y puedan ser tramitadas como recursos del artículo 76, 2 e) de la tan repetida Ley.

Abundando en esta problemática —y a título de ejemplo de notoria importancia— valgan las dudas acerca de si la excarcelación de un interno conlleva o no la automática y radical extinción de todas sus sanciones disciplinarias. La cuestión admite toda una serie de planteamientos. Supuesta la respuesta afirmativa en el caso anterior, ¿qué ocurrirá con el reingreso casi inmediato por la misma causa? Y si también en ese supuesto nos inclinamos por la extinción definitiva de la sanción, ¿será válida esa solución cuando —sin excarcelación— se pasa de una pena a otra, de preventivo a penado (o viceversa), o la privación de libertad continúa como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa? Quizá la respuesta deba ser negativa, a salvo la prescripción de la sanción (art. 125, 3 del Reglamento Penitenciario), pero indudablemente la materia tiene interés jurídico y relevancia real suficientes para justificar una exégesis generosa de lo que pueda ser recurrible en el ámbito disciplinario.

VI. LOS PERMISOS

El Título II, «Del Régimen Penitenciario», de la Ley Orgánica General Penitenciaria dedica su Capítulo VI a los permisos de salida. En su Título V, «del Juez de Vigilancia», se dice corresponderle «autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado». Por su parte, el Reglamento Penitenciario se ocupa de los permisos de salida en su Título Quinto (artículos 254 y 255), amén de las referencias a los mismos en las funciones de las Juntas de Régimen y Administración (art. 263 j) y de los directores (artículo 276, 2-13.^a).

Adelantemos que ninguna competencia tienen los Jueces de Vigilancia en la concesión de permisos a internos prevetivos. Así se desprende de los artículos 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 255 del Reglamento Penitenciario —que exige «la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente»— en relación con el artículo 76,2 i) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que se refiere únicamente a penados. En igual sentido apunta el artículo 254,1 del Reglamento Penitenciario. Aparte de que —pese a las ilimitadas remisiones de los artículos 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 255 del Reglamento Penitenciario a sus inmediatos antecesores— resulta muy difícil imaginar

el disfrute por los preventivos de cualquier permiso, y más aún de los concebidos «como preparación para la vida en libertad», es lo cierto que solamente el Juez o Tribunal que acordó o mantiene la medida se halla en condiciones de pronunciarse sobre la oportunidad de su disfrute.

Nada se prevé sobre permisos de otros preventivos no sometidos a ninguna autoridad judicial. La cuestión ha perdido actualidad, desde que la Circular de la Fiscalía General del Estado de 19 de noviembre de 1982 ha salido al paso de las largas detenciones gubernativas a efectos de extradición. Hoy, el problema es casi teórico, referido a los permisos extraordinarios en las setenta y dos horas de detención. En cualquier caso, el Juez de Vigilancia se mantendría al margen.

Resumiendo la normativa dispersa, cabe indicar que la autorización del Juez de Vigilancia es preceptiva para todos los permisos de salida —de penados— superiores a dos días, excepto si los beneficiarios estuvieran clasificados en tercer grado (art. 76, 2, i) de la Ley Orgánica General Penitenciaria), sin distinguir según se trate de los permisos por motivación especial cuando se trate de clasificados en primer grado, aunque no se superen los dos días (art. 254, 1 del Reglamento Penitenciario).

La Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de 17 de noviembre de 1981, salió al paso del problema planteado por los penados pendientes de clasificación. Aplicando los principios orientadores de la última reforma y, muy en particular, el de la mayor judicialización posible de la ejecución penal, se inclinó por impedir que aquella situación recortara indirectamente las competencias del Juez de Vigilancia. Se sostiene, en consecuencia, que le corresponde la autorización de todos los permisos superiores a dos días y de aquellos de motivación especial y generalmente urgente aunque no alcancen tal duración. Con otras palabras, se sigue el mismo criterio que con los clasificados en primer grado.

La proyección de los permisos del penado sobre la misma pena, la exclusión del Juez de Vigilancia respecto a los permisos de los preventivos judiciales y el vacío —interpretado también como exclusión— frente a los preventivos no judiciales, permiten decir que el Juez de Vigilancia interviene en esta materia como perteneciente a la propia ejecución penal, si bien su competencia excede en este punto de la que incumbía en el régimen anterior al Tribunal sentenciador.

García Valdés sostiene que no debe extenderse la competencia del Juez de Vigilancia en los permisos de salida para no restringir gravemente la operatividad regimental de la Autoridad penitenciaria y, paralelamente, dificultar la atención que dicho Juez ha de prestar a otras funciones que legalmente tiene atribuidas. Pensamos, por nuestra parte, que, sin perjuicio de que esta materia se incluya globalmente en la ejecución penal, puede conformarse en ocasiones —así en los permisos por razones urgentes— como

propia del régimen penitenciario. Si no se quisiera aceptar tal distinción, habría que admitir una cierta delegación penitenciaria, cuya actuación quedaría judicializada por vía de queja.

Quizá la cuestión fundamental a examinar en cuanto a la autorización de los Jueces de Vigilancia sea el significado de dicha expresión, pues no han sido infrecuentes las concesiones de permisos por parte del Juez prescindiendo por completo de la Administración Penitenciaria. Tal conducta es, a nuestro entender, ilegal y la resolución, nula de pleno derecho. Veamos las causas.

El binomio concesión-aprobación era ya el eje de la regulación en el derecho inmediatamente anterior a la Ley Orgánica General Penitenciaria. La Orden Circular de 4 de diciembre de 1978 recordaba que las concesiones incumbían siempre a las Juntas de Régimen y Administración, sin perjuicio, en su caso, de la aprobación de la Dirección General.

El mismo criterio aparece ahora en el artículo 263, j) cuando se atribuye a las Juntas de Régimen y Administración —sin mencionarse excepción alguna— «acordar la *concesión* de permisos de salida a los internos, solicitando la *autorización* correspondiendo al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según los casos». El precepto conecta con el artículo 47, 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que exige «previo informe del equipo técnico». Repetición y desarrollo de este artículo 47,2 es el artículo 254,2 del Reglamento Penitenciario, que se refiere explícitamente a «la *propuesta* de los equipos o al *acuerdo* de las Juntas de Régimen», indicando incluso cuando aquéllos deberán ser negativos.

La actuación judicial no se conforma aquí —al margen del problema de las quejas del interno por la no concesión— como algo autónomo, es decir, como una resolución que puede adoptarse sin limitaciones procesales o con apoyo en una simple información, sino que opera insoslayablemente sobre una concesión de la Junta de Régimen. Con otras palabras, la intervención judicial se configura como una garantía contra el disfrute de permisos indebidos o excesivos. Se puede rechazar —o no autorizar— el permiso ya concedido, pero no se puede prescindir de la concesión por la Junta. El permiso que requiera autorización no podrá disfrutarse hasta obtenida aquélla.

Los Jueces de Vigilancia, en su reunión de abril de 1982, concluyeron, en el sentido expresado, que «los permisos de salida que autorice el Juez de Vigilancia han de ser siempre a propuesta del establecimiento», añadiendo que «si el interno formula una queja porque no se le propusiera un permiso, el Juez únicamente debe pedir información a la Junta de Régimen». La posición nos parece acertada, a salvo quizá el uso de la palabra «propuesta», para la que según el ordenamiento constituye una «concesión», y así se denomina.

Naturalmente, las previsiones legales y reglamentarias sobre número, duración y distribución temporal de los permisos para preparación de la vida en libertad no admiten excepciones. La nor-

mativa vigente no parte de un número global de días que se distribuye luego a discreción entre más o menos permisos, sino de unos permisos de duración máxima individualizada y, además, distribuidos por semestres, según determinados topes (art. 254.1 y 4 del Reglamento Penitenciario). Desgraciadamente, la práctica de estos dos años, aunque dentro de una tónica de corrección, ofrece algunos ejemplos de nulidad absoluta o, al menos, de difícil entendimiento. Sirva de muestra la concesión directa por un Juez de Vigilancia en abril de 1983, a un mismo interno, y a espaldas del establecimiento, de cinco permisos —ordinarios y extraordinarios— por un total de veintinueve días. Si esa conducta se generalizara, no sólo sería imposible toda labor administrativa de régimen y tratamiento, sino que se llegaría a una fraudulenta forma de indulto, ya que el permiso se abona para el cumplimiento de la condena (ver la consulta núm. 1, de 6 de abril de 1978, de la entonces Fiscalía del Reino).

Insistamos en que también los permisos por motivaciones extraordinarias (art. 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 254.1 del Reglamento Penitenciario) se conceden por las Juntas de Régimen, a reserva de la posterior autorización del Juez de Vigilancia en algunos casos. Ya se dijo que el artículo 263 j) del Reglamento Penitenciario no distingue al afirmar que a las Juntas corresponde el acuerdo de concesión. Recordemos, además, que el artículo 276.2-13.^a del mismo, a la vez que atribuye al director del establecimiento «autorizar... la salida y desplazamiento de los internos al domicilio familiar o centro hospitalario en los supuestos previstos en el número 1 del artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria», advierte, de un lado, que se requiere la «previa aprobación de la Autoridad Judicial o de la Dirección General», añadiendo, por otro, que todo ello es «sin perjuicio de las funciones que puedan corresponder a la Junta de Régimen y Administración».

VII. RESUMEN

La falta de espacio no ha permitido una mayor extensión en el examen de las zonas oscuras. La clasificación de los penados, con toda la problemática del tratamiento, merecería por sí sola un amplio comentario ahora imposible. Otro tema importante es el de la compatibilidad o incompatibilidad de la redención de penas por el trabajo con los beneficios penitenciarios de los artículos 256 y 257 del Reglamento. Valgan sin embargo, unas breves conclusiones de lo expuesto en este trabajo:

1.^a La unificación de criterios judiciales en la ejecución es más importante aún que a nivel de aplicación de penas. Si no se logra, bastará el traslado del interno de un centro a otro para modificar el contenido real de la sanción. Los agravios comparativos conllevan siempre una dosis de injusticia, pero sus efectos

son particularmente graves en el ámbito penitenciario. La Administración debe operar a su vez —piénsese en propuestas, concesiones supeditadas a aprobación judicial, etc.— de manera uniforme.

2.^a Las quejas o peticiones no deben transformarse en recursos informales y, de modo muy especial, no pueden desembocar en una resolución judicial definitiva que salte por encima de las competencias de la Administración. Si, por ejemplo, existe recurso contra las resoluciones de la Dirección General sobre clasificación inicial y progresiones o regresiones de grado, mal cabría —por vía de queja— la clasificación directa por el Juez, sin dar siquiera al Centro directivo de Instituciones Penitenciarias la oportunidad de pronunciarse.

3.^a Todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia ajena a las facultades decisorias de los Jueces de Vigilancia, quienes, en consecuencia, sólo pueden trasladar a la Dirección General informaciones o sugerencias.

4.^a En tanto no se regule convenientemente el sistema de recursos y se garantice la efectiva intervención del Ministerio Público en los procedimientos o expedientes ante el Juez de Vigilancia, no sólo será imposible disponer de una mínima jurisprudencia digna de tal nombre, sino que persistirá el riesgo de que la Administración haya de rechazar de plano algunas resoluciones judiciales como nulas de pleno derecho. No somos alarmantes: Un Juez de Vigilancia ha llegado incluso a conceder por sí el indulto a numerosos penados. No ya a tramitarlos, sino a concederlos. Sabido es que, según el artículo 62 de nuestra Constitución, corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia.

El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ,

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Bases para el reconocimiento de la teoría del dominio del hecho.—II. Formas del dominio del hecho: especial consideración del dominio «funcional» del hecho. Problemas de coautoría y de cooperación necesaria.—III. Ambito de validez del dominio del hecho: especial consideración de la teoría de Roxin sobre los denominados «delitos de deber específico» (Pflichtdelikte), «propios de propia mano» y sobre los delitos imprudentes.—IV. Críticas fundamentales a la teoría del dominio del hecho en la doctrina española. Ejemplos paradigmáticos: 1. La tesis de Rodríguez Mourullo respecto a la autoría mediata: 1.a. El dominio no doloso del hecho. 1.b. Su concepción del delito imprudente. 1.c. El ejemplo jurisprudencial: un caso de imputación objetiva a la infracción del deber de cuidado. 2. La tesis de Gimbernat sobre la coautoría. 3. Crítica y propuesta final.

I. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO

Una interesante consecuencia de la teoría penal de la tipicidad—entendida como expresión dogmática del principio de legalidad—fue la necesaria búsqueda de un criterio diferenciador de la autoría y la participación, que tomase como punto de partida el abandono, por tanto, del denominado concepto «unitario» de autor (1).

Resulta curioso observar que esa necesidad inicial de diferenciar al autor del partícipe ha quedado muy desdibujada al haberse recurrido con gran frecuencia a criterios estrictamente causales para definir la autoría, y subjetivos para delimitar la participación respecto a aquélla. En efecto, no es nueva la crítica de que el

(*) Escrito de firma presentado en el concurso-oposición a las Cátedras de Derecho penal de las Universidades de La Laguna y Cáceres.

(1) Este concepto se define, como es sabido, por la exclusiva vinculación de la autoría a la aportación causal, indiscriminada, a la realización del tipo, de tal forma que se declaran inexistentes las diferencias entre autor y partícipe o, lo que es lo mismo, se ignora el principio de accesoriidad de la participación. Sobre dicho concepto unitario, cfr. KIENAPFEL, *Die Einheitstäter im Strafrecht*, 1971; también, esp. MÜLLER-DIETZ, *Das Prinzip der Einheitstäterschaft*, en JuS, 1974, págs. 1 sigs.

concepto extensivo de autor —es decir, aquél que aplica el criterio de la «equivalencia de las condiciones» a la definición de la autoría (2)— supone una vuelta indirecta a las teorías unitarias, y reproduce, por tanto, los inconvenientes relativos a la minusvaloración de la estricta realización de la tipicidad penal, a efectos de delimitar la autoría. Pero el problema fundamental de este criterio definitorio de la autoría no es sólo el hasta ahora señalado, sino también el —estrechamente unido a él— concepto subjetivo al que se tiene que acudir para diferenciar —desde esta teoría causal-extensiva de la autoría— al autor respecto del partícipe. Repárese en que, en efecto, sólo recurriendo al «animus» de autor, o bien de partícipe, es posible diferenciar a quienes desde el punto de vista objetivo-causal no son diferenciables por haber aportado «algo» causal para la producción del resultado.

A pesar de los serios problemas jurídico-penales que deja irresueltos tal concepción extensivo-subjetiva, que han sido resaltados reiteradamente por la doctrina penal —especialmente en la RFA— (3), no deja de llamar la atención la amplia aceptación que ha tenido, especialmente en la praxis jurisprudencial alemana. Respecto a España hay que señalar que sólo el imperativo positivo del artículo 14 C. p. vigente ha impedido que los planteamientos estrictamente causalistas —dominantes todavía en doctrina y Jurisprudencia, aunque con distintas complementaciones— (4) se conviertan en una teoría subjetiva de la autoría y la participación criminal (5), con la notable excepción de la teoría del acuerdo previo. Sin embargo, allí donde este imperativo legal no se expresó igualmente, tal y como ocurría en el Derecho penal alemán anterior a la reforma (6), la praxis impuso —frente a la doctrina mayoritaria— la teoría subjetiva (7).

Pero lo que realmente interesa destacar frente a esas concepciones extensivas, es la importancia político-criminal de manejar un concepto restrictivo de autor, como punto de partida para una

(2) Cfr. por todos, JESCHECK, *Tratado*, II, 1981, págs. 894-895.

(3) En la española, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratado*, PG, 1979, 740; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, 49 sigs.; en la RFA, por todos, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1975, 583 sigs.

(4) La Jurisprudencia no puede considerarse uniforme (cfr. GIMBERNAT, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, 42 sigs.), y respecto a la doctrina se puede hablar de que es dominante la favorable a la «relevancia» (cfr. GIMBERNAT, *Introducción*, cit., 42, y también, in extenso, en *Autor y cómplice*, cit., 49 sigs.).

(5) Con razón, pues, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 825-826.

(6) Tras el nuevo párrafo 25 queda muy reducida la posibilidad de seguir aplicando la teoría subjetiva en la RFA; cfr. ROXIN, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1975, 28-29.

(7) La defensa de la t.^a subjetiva en la Jurisprudencia alemana estuvo y está condicionada por la problemática del enjuiciamiento, a partir de la postguerra, por asesinato de quienes actuaron por orden y en el seno de un aparato organizado de poder vinculado al régimen nacional-socialista. Los tribunales recurrieron a la t.^a subjetiva para remitir su conducta a la complicidad. Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 532.

correcta diferenciación entre autor y partícipe. En un doble sentido es importante este concepto restrictivo: 1) porque fuerza a considerar autor a quien ejecuta por sí mismo el hecho típico, aunque carezca de «voluntad de autor» (8), lo que restringe notablemente el ámbito de incidencia de la teoría subjetiva; y 2) porque si se acepta un concepto restrictivo de autor no estrictamente formal-objetivo se hace necesario —en un determinado ámbito delictivo, al menos— el reconocimiento de la teoría del «dominio del hecho» para poder explicar la autoría mediata y, plenamente, la coautoría (9).

Repárese en que la introducción del criterio del «dominio del hecho» —como explicativo de la autoría y delimitador respecto a la participación— se ha hecho depender en la formulación anterior de la doble condición de que se utilice a la vez un concepto restrictivo de autor *no estrictamente formal-objetivo*, y, además, de que se *limite el ámbito de aplicación* típica del criterio del dominio del hecho.

Respecto a la primera de las condiciones la cuestión planteada es especialmente significativa, si se tiene en cuenta que existe una teoría dominante en Derecho penal español —favorable, por lo demás, al criterio objetivo-formal— para definir el concepto restrictivo de autor, y que concluye en su identificación con la ejecución directa y por sí mismo del hecho, fórmula a la que —se dice— alude el artículo 14 C. p. vigente.

En efecto, si se reduce el entendimiento de la «realización del tipo» a la «propia mano», se vuelven a reproducir los problemas genéricos de comprensión de la autoría mediata y de importantes supuestos de coautoría (10). Por eso es preferible —siguiendo el razonamiento de Roxin— seguir considerando el criterio de la «realización del tipo» como el más seguro para la comprobación de la figura del autor, pero no reducir esa «realización del tipo» a la propia mano (*Eigenhändigkeit*), sino referirla a «tener en la

(8) Así, ROXIN, en *Einführung*, cit., 29 (con independencia ahora de la concreta cuestión de la autoría mediata).

(9) Así, ROXIN, *Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht*, en JZ, 1966, 295; frente (contra) el dominio del hecho, especialmente en la autoría mediata, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 812 sigs; contra el dominio del hecho, especialmente en la coautoría, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit., 135 y sigs.; el mismo, en *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, en ZStW, 1968, 915 sigs.

(10) Respecto a la coautoría es preciso tener en cuenta que, por ahora, se utiliza en su sentido generalmente admitido de «realización conjunta del hecho», diferenciada de autoría accesoria; se utiliza, pues, al margen de la tesis de GIMBERNAT, que reduce la coautoría del 14.I a la ejecutiva *como forma de participación*, constituyendo la cooperación necesaria una especie de «coautoría no ejecutiva» (cfr. in extenso, infra). Al aludir en el texto a que el concepto objetivo-formal estricto de autor no permitiría explicar la mayoría de los supuestos de coautoría me refiero a que sólo quedarían incluidos en ese concepto de autor aquellos coautores que hubiesen realizado acciones de ejecución (o una parte, como mínimo), lo que ni siquiera respecto a este último requisito tiene por qué ocurrir siempre.

mano la complementación de la descripción típica del hecho», es decir, «dominar la realización del tipo», su desarrollo (11). En este sentido se dice que el concepto restrictivo de autor es el punto de partida correcto, en cuanto que remite la investigación de la autoría a la realización del tipo respectivo, pero que tal realización del tipo no debe entenderse, a su vez, restrictivamente, es decir, como ejecución por sí mismo de la acción típica.

Sin duda, pues, tiene razón, a mi entender, Rodríguez Mourullo cuando critica la precipitada asimilación en que se incurre al equiparar «realización del tipo» y «ejecución física (directa y corporal)», manteniendo, por el contrario, que «la base del concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de *realización* —y no la de ejecución física— de la correspondiente figura típica delictiva» (12). A pesar de que ulteriormente no «homologa» su tesis con la del dominio del hecho, tal y como hacen, por el contrario, Roxin y la doctrina alemana dominante —que parten de un presupuesto idéntico—, a pesar de ello, digo, parece válido retener que ese concepto restrictivo de autor, así entendido, es el único que puede hacerse conciliable con la necesidad de explicación de la autoría mediata y, plenamente, de la coautoría. A mi entender, además, esta interpretación del concepto de autor conduce, inevitablemente, al criterio del dominio del hecho.

Así pues, la pretensión de este trabajo es enfrentarse con las críticas que nuestra doctrina le dirige a esta teoría, tanto en el marco de la autoría mediata (especialmente Rodríguez Mourullo), como en el de la coautoría (esp. Gimbernat); pero también es objetivo de este estudio confrontarse con algunas opiniones doctrinales favorables a dicha teoría, aunque desde presupuestos no siempre compartidos, para, finalmente, ofrecer una interpretación coherente del artículo 14 C. p.

Para la fundamentación de las tesis aquí sustentadas será preciso tener en cuenta, previamente, las distintas formas admitidas de complementar el concepto de «dominio del hecho», y la consecuente restricción de su ámbito de validez.

Por eso se decía anteriormente, también, que la introducción del criterio del dominio del hecho en la dogmática de la autoría, con el fin de evitar los inconvenientes, tanto de las teorías extensivo-subjetivas, como de la formal-objetiva, no sólo se hacía depender de la especial complementación del concepto restrictivo de autor —en los términos apuntados— sino también de la restricción de su ámbito jurídico-penal de aplicación.

(11) ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., 295.

(12) *Comentarios*, I, cit., 811. Sin embargo, este reconocimiento por parte de MOURULLO del contenido no meramente ejecutivo-físico (propia mano) del concepto restrictivo de autor, se aplica fundamentalmente a hacerlo compatible con la autoría mediata, lo que parece, evidentemente correcto, pero ulteriormente este contenido no se equipara con el del «dominio funcional del hecho».

En efecto, el criterio del «dominio del hecho» ha ido encontrando importantes obstáculos para su aplicación a determinados ámbitos penales, entre los que destacan, obviamente, los delitos imprudentes. Desde un principio la doctrina manejó aquí otro concepto de autoría —especialmente incorrecto, por cierto, el inicial, que era meramente causal (13)— por lo que existe una práctica coincidencia doctrinal en la actualidad en considerarlos excluidos del ámbito comprensible por el dominio del hecho (14). Más discutido se presenta el caso en los delitos omisivos (concretamente de comisión por omisión) en los que el dominio del hecho se maneja, en su caso, como dominio «potencial» (15); pero también, en general, en los delitos especiales propios (los de comisión por omisión lo son), en los que la autoría se hace depender de determinada cualificación personal. Al respecto es especialmente significativo el supuesto —discutido en el ámbito de la autoría mediata— de utilización de una persona-instrumento no cualificada, que, sin embargo, actúa también dolosamente. Aquí se ha llegado a forzar hasta límites extremos el criterio del dominio del hecho, que se definiría como «dominio *normativo-psicológico* del hecho» (16), es decir, que se trataría de un «dominio» en sentido jurídico-penal, cuando lo cierto es que sería más correcto renunciar a aplicar este criterio de la autoría en tales casos, tal y como se fundamenta ulteriormente.

La simple enumeración de estos problemas justifica la pretensión doctrinal de invalidar el «dominio del hecho» como criterio de validez general para la delimitación de la autoría en todos los tipos, aunque ello no impide que siga considerándose el criterio básico sobre el que construir la teoría de la autoría, por ser el general criterio de imputación al autor de los delitos dolosos, respecto al cual los demás criterios constituyen auténticas excepciones.

Piénsese —como concreción de la problemática aludida— en el siguiente supuesto, en relación a los problemas antes aludidos: 1) el intraneus *no evita* que un extraneus actúe delictivamente y con dolo contra el objeto material respecto al que el intraneus tiene un deber de garante. Se trata, pues, de un caso en el que el garante omite, y el extraneus doloso (y plenamente responsable, es decir, no incapaz de culpabilidad) actúa. Pues bien, la teoría del dominio del hecho aplicada a los delitos de omisión impropia conduce a la conclusión de que el garante debe ser partícipe por

(13) Especialmente, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, II, pág. 301 (citando a H. MAYER [nota 4] y específicamente en pág. 308, donde sigue a WELZEL, aunque no recoge la evolución de su teoría).

(14) Por todos, ROXIN, *Täterschaft*, cit., 551 sigs.

(15) Por todos, en el marco del finalismo, WELZEL, *Lehrbuch*, 201.

(16) Así, p. ej., JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 927, y una parte considerable de la doctrina alemana, incluido WELZEL (*Lehrbuch*, 104, denominándolo «dominio social del hecho»); en general, cfr. JESCHECK, ob. loc., cit., nota 30. Críticamente ROXIN, *Täterschaft*, cit., 602-603.

omisión (cómplice) en el hecho, que sólo ha dominado el extraneus (17). En la doctrina española la cuestión ha sido poco discutida, pero, en resumen, puede decirse que la tesis dominante de la participación del intraneus está parcialmente asumida por Rodríguez Mourullo (aunque, como se sabe, al margen del «dominio del hecho»), ya que para este autor el garante también puede ser cómplice (18). La Jurisprudencia, por su parte, se muestra difícilmente sistematizable (19), en general, respecto al problema de la autoría en comisión por omisión dolosa.

Este ejemplo paradigmático —así como otros utilizados en la doctrina alemana (20) (donde la cuestión es especialmente trascendente, dada su regulación de la autoría, y dado el carácter dominante de la teoría del dominio del hecho)— dan fuerza al intento doctrinal de limitar el campo de aplicación del «dominio del hecho» sólo a determinados tipos penales. En resumen, pues, es preciso matizar la doble condición que se puso al principio de este trabajo para poder asumir el criterio del dominio del hecho en la autoría; por un lado es preciso matizar qué ha de entenderse por «dominio del hecho», y, por otro, en qué ámbito jurídico-penal típico es aplicable.

II. FORMAS DEL «DOMINIO DEL HECHO»

De las anteriores formulaciones se deduce un básico punto de partida: existen ámbitos delictivos típicos, en los que el criterio del dominio del hecho se muestra capaz de elaborar —frente a los intentos doctrinales objetivo-formales— una correcta teoría de la autoría penal (21). Para delimitar ese ámbito es preciso sentar, previamente, las siguientes bases:

(17) Así, la doctrina dominante en la RFA. Por todos, cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 967; críticamente, ROXIN, *Täterschaft...*, págs. 605 sigs. (607).

(18) La omisión de socorro en el Código penal, 1966, págs. 380-381.

(19) Tal y como ponen de manifiesto los ejemplos citados por GIMBERNAT, en *Introducción...*, cit., pág. 139.

(20) ROXIN utiliza también el siguiente ejemplo (*JZ*, 1966, pág. 295): el intraneus ordena desde América e incumpliendo su deber de administración fiel de la propiedad ajena, a un extraneus que transfiera una determinada propiedad desde Alemania al extranjero. El caso se refiere al delito del parágrafo 266 StGB (*Untreue*), pero ROXIN lo aplica igualmente a los de omisión del deber de socorro en casos de accidentes. Y bien, la solución al ejemplo antes reseñado desde el punto de vista del dominio del hecho sería —prosigue ROXIN— la impunidad para ambos sujetos, ya que el administrador que permanece en América no tiene el dominio del hecho y, por tanto, no puede ser autor, pero tampoco puede serlo el extraneus, porque, si bien tiene el dominio del hecho, carece, sin embargo, del deber de garante. Obsérvese que la solución no dejaría de ser insatisfactoria si el directo actuante fuese también garante, ya que, según el dominio del hecho, el otro garante sería tratado como partícipe.

(21) Como criterio general para delimitar la autoría y la participación en delitos dolosos, cfr. en nuestra doctrina, CÓRDOBA, *Notas a la traducción*

Es doctrina generalmente admitida la que entiende que existen tres formas de manifestarse el dominio del hecho: el «dominio de la *acción*», que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), es decir, más propiamente, que corresponde a la realización final (dolo) y por propia mano del tipo (22); el «dominio de la *voluntad*», que es criterio que corresponde a la autoría mediata, y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro, de tal manera que el hecho aparece como obra de la voluntad rectora del no actuante directo (23); y, finalmente, se habla del «dominio *funcional* del hecho», que es el criterio que corresponde a la coautoría, y que alude destacadamente, por tanto, al concurso de varios en la realización del hecho según división del «trabajo» o de «funciones» (24).

Por la trascendencia que éste último criterio tiene en la moderna teoría de la autoría y la participación —especialmente en nuestro derecho, que se enfrenta con serios problemas de delimitación de la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad— es preciso detenerse en el estudio más detallado de este concepto de «dominio funcional del hecho» (25).

Interesa destacar, al respecto, que este criterio se define como «funcional» porque alude, precisamente, a la parcial realización del hecho típico por varios participantes. Sin embargo, es necesario dar contenido a esa expresión de «realización del hecho», teniendo en cuenta las premisas señaladas anteriormente en relación al término «realización del tipo». Al respecto puede servir la siguiente formulación, que puede considerarse como ampliamente aceptada en la doctrina actual: «La forma adecuada de la distribución de funciones, puede poner de manifiesto en la coautoría que también una aportación al hecho, *que formalmente no se incluye en la acción típica*, basta para ser penada como autoría:

del Tratado de Derecho penal, de Maurach, II, 310, que se refiere al «dominio del acto», como criterio ontológico, y CEREZO, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en *Welzel-Festschrift*, 1977, 635 sigs. (publicado también en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, págs. 162 sigs.), aunque este autor pretenda conciliar esta teoría con la objetivo-formal, en determinados supuestos. (Cfr. ob. ult., cit., pág. 165, nota 11). Sobre sus diferencias con CÓRDOBA, cfr. infra.

(22) Cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 527 y 587 sigs.

(23) La formulación contenida en el texto está muy matizada: no equivale a una definición de la autoría mediata sólo en base al dato, fundamentalmente objetivo, de la simple relación de sumisión del ejecutante-instrumento, si bien no se desconoce que esta relación de dependencia resulta esencial (como relación de dependencia meramente mecánica lo entiende, sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 817 siguientes (esp. 820). La tesis mantenida en el texto no equivale tampoco a una *exclusiva* conformación de la autoría mediata por equiparación *valorativa* con la autoría directa (así, por ejemplo, JESCHECK).

(24) JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 899.

(25) Respecto al «dominio de la voluntad» en la autoría mediata, más detenidamente en infra, en relación a la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO.

tiene que tratarse de una parte necesaria de la realización del plan total, en el marco de una división del trabajo» (26).

Es decir, que no se alude a una realización compartida de actos de ejecución de la acción típica, sino a que varios *comparten el dominio del hecho en la fase de su realización (ejecución)*. Se trata, pues, de un «co-dominio del hecho» (*Mittatherrschaft* o *Mitherrschaft*). O, dicho en términos de Roxin: «... se presenta como co-realización, según división del trabajo, en la fase de ejecución» (27). Se confirma así, de forma especial, la tesis antes aludida de que resulta demasiado estrecho el entendimiento de la «realización del tipo» como ejecución directo-corporal de la acción típica, pero no por ello hay que «difuminar» los límites de la coautoría de tal manera que pudiesen caber dentro de ella los actos preparatorios o de preparación del hecho típico (28).

La cuestión tiene una especial trascendencia para calificar la conducta del organizador del plan delictivo (el «jefe de la banda»), que, sin embargo, puede reservarse una parte no ejecutiva en la realización efectiva del hecho (29). Es sabido que esta cuestión es una de las que incitó a la nada deseable doctrina del «acuerdo previo» en la jurisprudencia española, con la pretensión, precisamente, de incluir a estos «cooperadores» o «preparadores», según los casos, entre los que habrían de considerarse «autores», dentro del artículo 14 C. p. Y, si bien es cierto que no siempre este acuerdo previo concluía en la aplicación del núm. 1 del artículo 14, no es menos cierto que también esta vía ha sido utilizada por la Jurisprudencia (30), junto a las demás del artículo 14.

Pues bien, no cabe duda de que esta teoría jurisprudencial es incorrecta en cuanto teoría sobre la autoría y la participación delictivas (31), pero tampoco cabe duda de que la insuficiencia

(26) JESCHECK, *Tratado*, II, 899, de acuerdo con ROXIN, *Täterschaft*, 275 siguientes.

(27) ROXIN, *Täterschaft*, 527.

(28) Con razón, ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 280, 294-295; CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 176-177.

(29) Es preciso diferenciar, porque así lo ha hecho, con razón, la doctrina, los supuestos en los que el organizador no sólo es el organizador en fase previa, sino que también «dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia», en cuyo caso debe afirmarse la posible coautoría (cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 292 sigs.; CEREZO, *Problemas...*, cit., pág. 177), de aquellos otros casos en los que la labor de organización no se actualiza en la fase de ejecución, en cuyo caso no puede hablarse de coautoría. Cfr. infra. Todo esto se dice con independencia, por ahora, del problema de las actuaciones por orden de los denominados «aparatos organizados de poder» (*organisatorische Machtapparate*). Por lo demás, la opinión de CEREZO sobre estos supuestos del «jefe de la banda», parece, como se ha dicho, correcta, pero resulta difícilmente compatible con su anterior asunción de la teoría objetivo-formal (ob. cit., pág. 165, nota 11).

(30) Especialmente clara, la crítica, al respecto de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, págs. 829 sigs.

(31) Por todos, cfr. GIMBERNAT, *Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo*, en ADPCP, 1966, págs. 13 sigs.

del artículo 14 1 C. p. —interpretado en sentido objetivo-formal— para abarcar cómodamente los casos del «organizador», puede considerarse causa directa de la precitada doctrina jurisprudencial (32). En este sentido, el criterio del dominio funcional del hecho constituye una alternativa dogmática que debería tomarse en cuenta a la hora de resolver esos problemas (33). Repárese en que este criterio —que exige la co-realización del hecho en fase ejecutiva— puede resolver gran parte de los casos que afectan al «organizador». No es cuestión de desviar este estudio hacia los específicos problemas de la coautoría, pero sí es preciso destacar que la doctrina se halla dividida en torno al alcance que le corresponde a este «dominio funcional del hecho», aunque, en todo caso, debe quedar claro que no acoge nunca a los meros preparadores del hecho. La razón de ello no es —como pudiera pensarse— que tales sujetos no realizan actos de ejecución de la acción típica y, por tanto, no pueden ser coautores (cuestión que ya ha sido criticada anteriormente), sino que «no puede decirse que alguien que sólo ha actuado preparando el hecho pueda «dominar» realmente su transcurso. Por el contrario, dicho «preparador» depende para la realización del hecho de la iniciativa, las decisiones y la confirmación del hecho del que actúa directamente, si es que éste actúa libre e independientemente» (34). Es preciso, por eso, que la función directiva u organizadora se actualice en la *fase de ejecución*. De aquí se deduce que es fundamental que el «organizador» manifieste su labor de «dirección» en la fase de realización (ejecución) (35). La opinión no es pacífica: una parte de la doctrina ha destacado que el que «planea el hecho delictivo, en cuanto organizador de su realización, «crea» el propio transcurso del mismo, y con ello se hace cargo ya del dominio del hecho» (36). Con esta tesis se relativiza, por extensión, el criterio —también válido para esta doctrina, sin embargo— de que el dominio del hecho en la coautoría ha de constatarse en la fase de realización o ejecución del mismo.

A mi entender, sin embargo, no es preciso «ampliar» en tales

(32) Tal y como reconoce, por lo demás, la propia Jurisprudencia (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 837).

(33) El Proyecto 1980 de C. p. y también el de 1983 resuelven positivamente el reconocimiento de la autoría mediata, pero reproducen, por lo demás, el vigente art. 14 C. p.

(34) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., pág. 294.

(35) Así, también, CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 176-177, aunque tal y como se señaló en nota anterior, utiliza indistintamente los términos de «tomar parte en la realización del hecho» —en el sentido de la T.ª del dominio del hecho— y «realizar actos ejecutivos» —en el sentido de la T.ª objetivo-formal.

(36) Así, WELZEL, *Lehrbuch*, pág. 110; de acuerdo, JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 944, aunque muy confusamente: «No basta por sí sola una cooperación en la preparación del hecho, ya que no supone todavía la función de ninguna parte del dominio del hecho. Quien, en cambio, asume la planificación y la organización del hecho configura su desarrollo y participa así, en el dominio del hecho». En el mismo sentido, STRATENWERTH, *AT*, I, pág. 228.

términos el dominio funcional del hecho para dar cabida al organizador entre los coautores, cuando efectivamente sea un coautor: en numerosos casos el «organizador» sigue «dirigiendo» la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de «ejecución» en sentido objetivo-formal (lo que, sin embargo, también es ciertamente pensable como hipótesis frecuente), por lo que su dominio funcional del hecho queda actualizado en la fase de ejecución, y no existiría inconveniente teórico ninguno para ordinarle, por tanto, entre los coautores. Ahora bien, si la labor de «organización» no se ha actualizado ni siquiera como «dirección de la ejecución», es preciso seguir restringiendo el ámbito de la coautoría, de manera que no termine confluyendo en la genérica imputación del hecho a título de coautor al mero «organizador-preparador», es decir, a quien realiza actos preparatorios.

Esta extensión de la coautoría equivaldría a reconocer en el fondo el argumento del «acuerdo previo», aunque se pudiese seguir disputándole a la Jurisprudencia la concreta ubicación o subsunción del supuesto dentro del artículo 14 C. p.

Por eso, Roxin exige —frente a esta extensiva opinión doctrinal— bien la «dirección de la ejecución», en los términos señalados, o bien el «aseguramiento» de su realización mediante su presencia en el lugar del hecho (37). Y es que, en efecto, por mucho que se quiera forzar el instituto de la coautoría, ésta no puede llegar nunca a abarcar a quienes, en realidad, no son coautores, aunque su labor sea desvalorable penalmente —aspecto éste que nadie discute, y para lo que el derecho penal puede recurrir a distintas figuras jurídicas de extensión de la penalidad del autor, sin que ello interfiera en la cuestión de que el «organizador» que no actualiza su función en fase ejecutiva no domina funcionalmente el hecho, y, por tanto, no es coautor del mismo.

Esta tesis encuentra una especial resistencia cuando se trata de analizar los supuestos delictivos en los que intervienen «aparatos organizativos de poder» (organisatorische Machtapparate). En tales casos el hombre de atrás dispone de un aparato personal con cuya ayuda puede realizar sus delitos, que no dependen, por tanto, de la decisión autónoma del ejecutor o ejecutores. Normalmente la doctrina alemana alude, en estos casos, a organizaciones estatales, como las que generó el nacional-socialismo. Pero nada impide implicar en esta problemática a determinadas organizaciones armadas no estatales y con fines delictivos (38).

Roxin (39) entiende que en estos casos concurre una autoría mediata, por poderse constatar un auténtico «dominio de la voluntad» por parte del sujeto que actúa tras o desde su mesa del

(37) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 280 y 299; sobre el problema de los «aparatos organizados de poder», cfr. págs. 242 y sigs.

(38) Cfr. recientemente ALVAREZ-COBOS, *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho penal*, en Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense, 68, 1983, págs. 175 sigs. (nota 25).

(39) *Täterschaft...*, cit., págs. 242 sigs.

despacho; dominio que se ejercería, precisamente, sobre el indeterminado ejecutor de sus órdenes, que, sin embargo, es plenamente responsable.

Pero la doctrina dominante —si es que de doctrina dominante puede hablarse en esta materia— prefiere encuadrar estos supuestos entre los de coautoría, por entender que «el sujeto que permanece en la «central» es —precisamente porque domina la organización— «coautor» (40). Como puede observarse, la tesis mayoritaria implica que se admite la coautoría, aunque el sujeto no haya actualizado su función dirigente en la fase de ejecución, y, en este sentido, la presente tesis está en abierta oposición con la anteriormente vista de que el dominio funcional del hecho —y, por tanto, la coautoría— implica dicha actualización en fase ejecutiva.

A mi entender, quienes admiten la tesis del instrumento doloso no cualificado como supuesto de autoría mediata aplicable también a los delitos especiales impropios (41) [lo que implica que coexistan un autor mediato del delito especial (intraneus), y uno directo del delito común (extraneus)], quienes admiten esto —decía— también deben admitir la posibilidad de que el «hombre de atrás», que actúa desde la mesa del despacho en el seno de un «aparato organizativo de poder», se constituya en autor mediato cuando ordena la ejecución de un determinado delito en el convencimiento de que «alguien de la organización» actuará como ejecutor directo automáticamente. Este —si es plenamente responsable— será autor directo del correspondiente delito, y aquél —el hombre de atrás— será autor mediato. Pero incluso si, como considero correcto, no se admite dicha tesis, parece claro que —más que un «dominio funcional del hecho»—, lo que dicho hombre de atrás ejerce es un «dominio de la voluntad» del autor directo «indeterminado», a través del aparato organizativo de poder. Repárese finalmente, en que muchas veces será muy difícil construir la inducción en estos casos (42), ya que el hipotéticamente inducido será un «omnimodo facturus». Ciertamente no en todos los casos podría hablarse de que quien recibe la orden es un «omnimodo facturus», y, entonces, podría entenderse la conducta del «hombre de atrás» como de inducción. Ante ambas posibilidades creo preferible la de la autoría mediata porque el que da la orden en el seno de dichas «organizaciones» domina la voluntad: más que inducir, es decir, participar accesoriamente en el hecho de otro, domina su voluntad a través del aparato de poder. Piénsese que, en estos casos, el ejecutor es, efectivamente, «fungible»: si no lo hace uno, lo hará otro miembro de la organización.

Tras estas precisiones en torno a los distintos contenidos que en la doctrina penal —fundamentalmente en la alemana occiden-

(40) Por todos, JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 928.

(41) Cfr. MIR, *Adiciones*, cit., pág. 935.

(42) Ni siquiera como «inducción mediata».

tal— recibe el concepto del «dominio del hecho», se impone un segundo nivel de delimitación referido, ahora, a su ámbito típico de validez.

III. AMBITO DE VALIDEZ DEL DOMINIO DEL HECHO.—TEORIA DE ROXIN SOBRE LOS DENOMINADOS «DELITOS DE LESION DE UN DEBER ESPECIFICO» (PFLICHTDELIKTE), LOS «DELITOS PROPIOS DE PROPIA MANO» (ECHTE EIGENHANDIGE DELIKTE), Y SOBRE LOS DELITOS IMPRUDENTES (43). TESIS DE CORDOBA Y CEREZO

De la mano de los ejemplos puestos anteriormente —referidos a la comisión por omisión y otros delitos especiales se dedujo entonces una primera aproximación a la necesaria restricción del ámbito de los tipos a los que podía extenderse la tesis del «dominio del hecho»; ámbito del que quedaban excluidos los delitos imprudentes y los omisivos, entre otros delitos. Pero, ahora, es preciso sistematizar las constelaciones jurídicas a las que se refiere esta limitación, para evitar una «desperdigada» teoría de la autoría —defecto éste que es origen, como se sabe, de la tradicional inseguridad jurisprudencial en este terreno.

Al respecto, observa Roxin (44) que existe una categoría de delitos —una determina clase de tipos penales— en los que el criterio del dominio del hecho no conduce a soluciones satisfactorias; por restringir innecesariamente el ámbito de la autoría y

(43) Es preciso remarcar la diferencia existente entre estas tres categorías típicas en la teoría de ROXIN más reciente. En efecto, en la 3.^a edición de su «*Täterschaft und Tatherrschaft*» (1975) suprime ROXIN el capítulo que en las anteriores ediciones le había dedicado a los delitos imprudentes, porque deja de considerarlos ya como «*Pflichtdelikte*», ya que la infracción del deber la comparte el tipo imprudente con los demás tipos: el deber de cuidado no responde a una especificidad en el deber, sino a una exigencia general del Derecho penal. Por lo demás entiende este autor que cuantos problemas se pueden plantear al respecto constituyen problemas de imputación objetiva, más que de autoría específica, por lo que su giro teórico no supone, ni mucho menos, dejar irresueltas las cuestiones que hasta entonces solucionaba en el marco de la investigación de la autoría (cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 1975, 602, en estrecha relación con *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal e Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, fundamentalmente, ambos en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 128-148 y 149-180, respectivamente). Resulta especialmente necesario tener en cuenta este «cambio» de la t.^a de ROXIN a la hora de analizar la t.^a de RODRÍGUEZ MOURULLO sobre el dominio del hecho en la autoría mediata imprudente (*Comentarios*, I, 817 sigs., esp. notas 71 y 73 [págs. 819 y 821], ya que la referencia a la t.^a de ROXIN allí recogida se refiere —lógicamente (los *Comentarios*..., datan de 1972)— a la antigua tesis de ROXIN sobre los delitos imprudentes. Por lo demás, no siempre es exacta la traducción de «*Pflichtdelikte*» como «delitos consistentes en la infracción del deber». Por eso he preferido aludir a «delitos de lesión de un deber específico».

(44) Especialmente concreto al planteamiento de ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., pág. 293.

llevar a consecuencias igualmente insatisfactorias en el de la participación. Esto es lo que, según este autor, sucede: 1) en los «delitos de lesión de un deber específico» (Sonderpflichtverletzung, en cuya categoría quedan incluidos los delitos «comisivos de deber» (Begehungs-Pflichtdelikte) y los hechos omisivos; 2) en los «delitos propios de propia mano», que pueden considerarse independientes de los delitos de deber específico, a efectos de autoría; y 3) en los delitos imprudentes, en los que no existe un criterio específico de imputación al autor, y, por tanto, tampoco el del dominio del hecho; en estos delitos el criterio es general, a saber, la infracción del deber (objetivo) de cuidado. En todos estos delitos la figura central del tipo —que es el autor— no debe definirse por el «dominio del hecho», es decir, que no son «delitos de dominio (Herrschaftdelikte)». Según esto, existen las siguientes categorías fundamentales, a efectos de determinación de la autoría y la participación: los tipos de «dominio del hecho», los de «especial situación de deber» y los «propios de propia mano», además de los imprudentes. El dominio del hecho constituye, ciertamente, el criterio general de autor en todos los delitos dolosos en los que no deban entrar en juego los otros criterios alternativos. En estos últimos delitos —en los que el legislador destaca, bien una especial cualificación típica a través de un deber específico, o bien una específica situación de reprochabilidad para el autor, con independencia de la lesión o peligro de un bien jurídico, es, precisamente, esa especificidad la que determina la autoría, y de la que dependerá, por tanto, la participación. No vale aquí, por tanto, el «dominio del hecho».

Delitos de deber específico

De lo anterior se deduce, obviamente, una nueva clasificación de los delitos que es preciso aclarar más. Así, por ejemplo, serán «delitos de deber específico» los especiales propios, destacadamente los delitos del cargo (Amtsverbrechen), o los omisivos —destacadamente los de comisión por omisión, dado que el deber de garante los convierte en especiales propios (45); pero también el específico tipo de huida (no socorro) del lugar del accidente causado (46), perfectamente diferenciable de los anteriores—; o, también, los basados en un deber específico de fidelidad. En tales casos o tipos, no es autor quien domina el hecho, sino ya quien lesiona el deber específico extra penal realizando el resultado. Es decir, que «la realización del resultado por quien está específicamente obligado por un deber fundamenta la autoría, incluso si le falta el dominio del hecho al obligado por el deber» (47).

(45) Así, ya WELZEL, *Lehrbuch*, pág. 208.

(46) Si se destaca especialmente este tipo es por ser muy importante en las argumentaciones de ROXIN en torno a la posibilidad de participación en hecho no doloso, tesis ésta, como se sabe, reiterada en sentencias TS.

(47) ROXIN, en *JZ*, 1966, cit., 296.

Esta elaboración sistemática es especialmente relevante si se la aplica a la resolución de los complejos problemas que suscita en la doctrina y praxis penales la «utilización» por el «intraneus» de un «instrumento doloso no cualificado», con la pretensión de deducir la posible autoría (mediata) del citado «intraneus». Si se sigue la doctrina del dominio del hecho la existencia de dolo en el extraneus actuante directo debe implicar su asunción del dominio del hecho, y sólo recurriendo a la poco convincente y forzada elaboración del «dominio normativo-psicológico o social del hecho» se puede pretender que este dominio lo tenga también el intraneus no actuante directo. Se dice, entonces, que el intraneus domina «jurídicamente» el hecho, lo que equivale a afirmar que, en realidad, no lo domina en absoluto, o mejor, que en realidad lo domina otro, pero el Derecho hace que lo «domine» el intraneus también. Se trata, pues, de una ficción todavía ampliamente aceptada en la doctrina penal alemana, aunque ya no sea dominante, ni tan siquiera mayoritaria (48). Si se aplicase, sin embargo, la teoría de Roxin habría que deducir que el intraneus aparece como autor siempre que (en cuanto que) infringe su deber específico extrapenal, y esto es, precisamente, lo que ocurre, también, cuando utiliza a un instrumento doloso no cualificado: aquí el intraneus será autor mediato, por tanto (49). Esta regla sólo podrá quebrar, evidentemente, cuando el tipo no admita la autoría mediata, es decir, en los delitos de propia mano, pero esto supone un retorno a la teoría general de la autoría mediata en puntos sobre los que no existe polémica.

Además de la efectividad en el marco de la autoría mediata, se puede constatar también el efecto positivo de la tesis anterior en el ámbito de los delitos de «comisión por omisión», que son auténticos «pflichtdelikte», en la teoría de Roxin, o —siguiendo a la terminología de Welzel— *delitos especiales propios* (50). En estos tipos, cometidos por omisión, el garante que omite (es decir, que no cumple su deber de garante) será siempre autor, aunque concurren en el hecho otros actuantes dolosos (activos), cualificados o no (51). La opinión mayoritaria remite, sin embargo, tales casos a la participación (complicidad) del intraneus omitente (52).

(48) Cfr. supra, nota 16.

(49) Cfr. MIR, *Adiciones*, cit., págs. 934-935.

(50) LEHRBUCH, 207 sigs.; de acuerdo, JESCHECK, *Tratado*, II, 855.

(51) La problemática se presenta distinta cuando el garante omite, pero en relación a la específica problemática del instrumento «incapaz de culpabilidad». Existe polémica doctrinal sobre si el enfermero de un sanatorio psiquiátrico que no evita que un enajenado —interno— agrede a otro, es autor mediato o bien autor directo por omisión del delito resultante. Parece especialmente atendible la opinión que defiende esta última alternativa. Sobre esta problemática —sólo tangencial con el tema del texto—, cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 931, nota 47.

(52) Cfr. supra, nota 17; es dudosa la posibilidad de complicidad (o cooperación necesaria) por omisión: cfr. ANTÓN ONECA, *PG*, págs. 424 sigs.; MIR, *Adiciones*, cit., págs. 976-977.

Según la teoría de Roxin, por el contrario, la complicidad sólo debe venir al caso precisamente cuando el tipo no puede realizarse por omisión, es decir en los delitos de propia mano y en los de apoderamiento activo (*Zueignungsdelikte*) (53).

Estas conclusiones de Roxin —y concretamente ahora la referida a la comisión por omisión— sólo es posible, naturalmente, si se abandona el criterio del «dominio del hecho», como definitorio de la autoría en este ámbito. La opinión mayoritaria en Alemania, por el contrario, al seguir utilizando aquí la tesis del dominio del hecho (movida por un estricto paralelismo entre comisión por omisión y comisión activa del hecho típico) se ve forzada a admitir sólo la complicidad del garante que omite, ya que sólo el actuante concurrente asume el dominio del hecho, entendido ahora como «dominio de la acción». Político-criminalmente, sin embargo, no se ven las razones por las que ese intraneus no ha de ser tratado como autor, cuando, precisamente, su situación de garante le coloca en una específica relación con el derecho penal. Otra cosa es que se discuta, en general, la doctrina de la comisión por omisión, lo que parece correcto. Pero una vez admitida ésta, la coherencia de la solución de Roxin parece difícilmente discutible.

La doctrina española se ha mostrado renuente a esta tesis, tanto en relación al instrumento doloso no cualificado, como a la más general de los «delitos de deber específico» (54). Respecto al «instrumento doloso no cualificado» —auténtico eje de la teoría alemana sobre autoría y participación en delitos especiales— esta orientación doctrinal española dibuja una tendencia inversa a la que es observable en la doctrina y praxis alemanas: en tanto que allí se ha buscado la forma de fundamentar la autoría mediata del intraneus, en la doctrina española (55) sin embargo, ha preocupado más la definición del punto de referencia de la *participación* del intraneus, centrándose la polémica en las distintas formas de defender o atacar la unidad del delito o la ruptura del título de imputación. Así, por ejemplo, ha sido rechazada la teoría del instrumento no cualificado por Gimbernat, que, al igual que Quintero, remite la solución de estos casos a la participación del intraneus (o del extraneus) en el hecho típico del autor principal, en sentido estricto (56), para hacer intervenir ulteriormente las agravantes o atenuantes correspondientes a la existencia, o no, de la específica relación personal de deber. Pero también la ha rechazado Rodríguez Mourullo, quien piensa que el supuesto «instrumento» doloso,

(53) *Täterschaft...*, cit., págs. 605 sigs. En sentido similar al suyo analiza ROXIN las tesis de Grünwald, Armin Kaufmann, Rudolphi, Stratenwerth, Herzberg y Wagner.

(54) *In extenso*, infra.

(55) Con la notable excepción (reciente) de MIR, *Adiciones*, pág. 933.

(56) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, 1966, cit., 291 sigs.; el mismo, en *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, en ZStW, 1968, 942-943; QUINTERO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, 49 y 65 siguientes.

por ser doloso, impide la autoría mediata del intraneus, que sólo puede ser partícipe (57) en hecho ajeno, aunque reconoce lo insatisfactorio de esta solución, *ya que, en efecto, el problema se agudiza, cuando la acción ejecutiva del «extraneus» —en un delito especial propio (Pflichtdelikt)— no puede ser reconducida a un delito «común», por lo que tendrían que quedar impunes tanto el intraneus como el extraneus.*

Si se piensa, sin embargo, con Roxin, que la participación en estos delitos se define paralela, accesoria y negativamente respecto a los tipos delictivos de autoría, es decir, que será partícipe, respectivamente, quien —sobre la base de la naturaleza del delito en cuestión, a efectos de autoría— toma parte en el hecho ajeno, bien «sin dominio del hecho» (en los tipos de dominio del hecho), bien «sin infracción de deber específico» (en los delitos de deber específico), o bien «sin la propia mano» (en los propios delitos de propia mano)— si se tiene en cuenta esto, decía, y se recuerda su teoría de que el intraneus es autor siempre que infringe su deber, se podrá comprender que la conclusión, en los casos que nos ocupan, será la afirmación de la autoría (mediata) del «intraneus» y la participación (complicidad) del extraneus (58), siempre que el tipo no exija ser realizado por propia mano.

Pero, si la tesis del «instrumento doloso no cualificado» es francamente minoritaria entre nosotros —a pesar de lo satisfactorio, a mi entender, de estas soluciones—, tampoco la tesis central de los «Pflichtdelikte» (el intraneus es autor en cualquier caso, por infringir su deber específico) ha sido bien recibida por la doctrina española, aunque algunos autores contrarios a ella la admitan en determinados tipos penales de «deber», como los relativos a la infidelidad en la custodia de presos (art. 362 C. p.), o la violación de secreto por funcionario público (art. 367 C. p.) (59). A mi entender, este parcial reconocimiento equivale a la aceptación del argumento básico de Roxin de que cuando el tipo es de deber específico la mera infracción del deber fundamenta la autoría. A partir de este reconocimiento, siquiera parcial, la divergencia es, fundamentalmente, cuantitativa.

Delitos propios de propia mano

Si bien resulta indiscutible que una nota característica de los delitos de propia mano es la restricción del modo de ejecución de la acción típica a la «corporal» o «personal», realizada por determinados sujetos circunstancial o personalmente cualificados jurídico-penalmente, también es preciso señalar que la especificidad de la autoría no queda suficientemente delimitada con la citada característica.

(57) En *Comentarios*, I, 809-810.

(58) Distinto respecto a los denominados «instrumentos sin intención específica (Absichtloses Werkzeug)», categoría que niega RÓXIN, y que reconduce a una autoría con inducción (*Täterschaft*, págs. 341 sigs.).

Siguiendo, de nuevo, a Roxin, parecen convincentes las críticas de este autor a las más generalizadas teorías sobre los tipos de «propia mano». La interpretación de cuándo un tipo penal es de propia mano no puede basarse, en efecto, en aspectos gramaticales del texto legal, ni tampoco en si la descripción legal alude a una actividad o conducta específica —en cuyo caso el tipo penal en cuestión sería de «propia mano»— o, por el contrario, se refiere sólo a un resultado determinado —en cuyo caso no estaríamos ya ante un tipo de «propia mano». Ni tampoco puede hallarse la especificidad de estos tipos en que exigen una voluntad antijurídica especialmente intensa (algo así como la «específica energía de la voluntad delictiva» (teoría de la intensidad) (60).

En los «propios delitos de propia mano» lo que caracteriza, en realidad, al autor es, bien la forma asocial de existencia (algo así como la «personalidad»), o bien la específica amoralidad de su conducta (61). Son pocos estos tipos —cuya existencia parece, en todo caso lamentable— pero incluso contando con esta realidad cuantitativa conviene restringir al máximo su número: así, por ejemplo, no resulta convincente incluir entre ellos el delito de violación, aunque sólo fuese porque más que la amoralidad del autor cuenta la directa afectación al bien jurídico protegido (que es la libertad de autodeterminación sexual); pero sí lo son, sin embargo, el incesto (estupro incestuoso), o muchos de los relativos a la prostitución. Por eso, estos supuestos pueden compartir sólo en una determinada «parcela» la problemática de la autoría planteada por los delitos de lesión de un deber específico; comparten, en efecto, la nota común de no ser delitos de «dominio del hecho», pero mantienen toda su especificidad, que los independiza de los Pflichtdelikte, porque concurre en ellos la exigencia de que el autor actúe por «propia mano» (Eigenhändigkeit): éste será, pues, el criterio específico de la autoría, sustitutivo del «dominio del hecho» y de la «lesión del deber específico». De ello hay que deducir, obviamente, que no cabe autoría mediata en tales delitos, y que el ámbito de la coautoría está reducido a aquellos sujetos en quienes concurra el criterio señalado, que es de afectación personal específica. En los propios delitos de propia mano no se trata, por tanto, de dilucidar si es posible, o no, la coautoría, en atención a si el hecho típico es «divisible» en distintas acciones típicas, sino en atención a si los participantes reúnen la específica cualidad de la autoría.

Finalmente, y para seguir con las consecuencias de la no afectación del «dominio del hecho» a los delitos propios de propia mano, hay que tener en cuenta que aquí la participación se define en sentido negativo, es decir, por la «no propia mano» (así, por

(59) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, cit., págs. 296 sigs.; QUINTERO, *Los delitos especiales*, cit., pág. 102.

(60) Cfr. ROXIN, *Täterschaft...*, cit., págs. 402 sigs.

(61) RÓXIN, en *JZ*, 1966, pág. 297.

ejemplo, el extraneus que induce a otro a un estupro incestuoso); pero mientras que en los delitos de deber específico esa tesis sobre la participación confluye en la posibilidad de participación en hecho principal no doloso (62), no ocurre lo mismo en los delitos propios de propia mano, ya que en éstos el partícipe —es decir, el no inmerso en la «propia mano»— tiene que depender de un hecho doloso del autor «propia mano», ya que en caso de ausencia de dolo en éste, no existe tampoco injusto.

Tipos imprudentes

«El tipo imprudente comparte con el resto de los tipos penales la infracción del deber» (63). El deber de actuar cuidadosamente no es específico de una clase de autores, ni tan siquiera privativo de los delitos imprudentes. Si, por lo demás, se utiliza la idea de adecuación social como criterio inmanente a la delimitación de las conductas típicas, es decir, si se repara en que la idea de adecuación social tiene el valor de introducir la de «conformidad social» en el tipo, se habrá de reconocer, entonces, que ello refiere la imputación —con carácter general— al mandato de cuidado conformado socialmente; la lesión del deber objetivo de cuidado puede convertirse, por esta vía, en presupuesto de los delitos dolosos también, o, en palabras de Stratenwerth: «la realización de un resultado típico sólo es injusto penalmente relevante si realiza un riesgo no permitido» (64). Por eso, los tipos imprudentes no son Pflichtdelikte. Ahora bien, en estos delitos no es preciso —a diferencia de los hechos dolosos— buscar un criterio específico de imputación al autor; aquí se trata, exclusivamente, de una cuestión de imputación objetiva del resultado a la acción, perspectiva ésta que supone, como se sabe, una traslación del problema de la acción desde el terreno de la causalidad hasta el normativo de la imputación. Puede considerarse, por tanto, superada la época en que la autoría en los delitos imprudentes se consideraba como mera causación de resultados. Y debe considerarse supe-

(62) Ya que es perfectamente posible imaginarse una colaboración «sin lesión del deber específico» cuando el directo actuante (obligado por el deber específico) actúa sin dolo. En tal caso el no obligado por el deber específico no puede ser autor, por carecer de la cualificación pertinente (extraneus), pero sí partícipe. ROXIN utiliza el ejemplo del extraneus que induce al médico —mediante engaño sobre el consentimiento del paciente— a la revelación del secreto profesional. Nada debería impedir penarlo como inductor (ROXIN, *JZ*, 1966, 297-298). La solución de la participación en hechos no dolosos puede considerarse muy minoritaria en Alemania, ya por la vinculación del hecho principal doloso al finalismo (Welzel, *Lehrbuch*, 113), ya por la ubicación del dolo en el tipo, pero al margen de la doctrina finalista de la acción (así, GIMBERNAT, *Introducción*, cit., 148), o bien, finalmente, porque sea obligado por derecho positivo, tal y como ocurre en el StGB (parágrafos 26 y 27), que exige que el hecho principal sea doloso.

(63) Stratenwerth, *Lehrbuch*, 1976, AT, I, 313 (Rdn 1152).

rada esta interpretación incluso en Derecho penal español, donde es notable la evolución doctrinal y jurisprudencial tendente a considerar la infracción del deber objetivo de cuidado como contenido del injusto de tales delitos (65), de lo que se deduce que la prohibición penal no se refiere (en Derecho penal español tampoco) a meras causaciones de resultados, sino a aquellas que son consecuencia, precisamente, de infracciones objetivas del deber de cuidado o diligencia (66). Y este criterio típico está unido, a su vez, a la cuestión de la realización del riesgo, es decir, a la imputación, más que a la causación del resultado. La autoría no recibe, pues, un contenido *extensivo* (causal) en la imprudencia, frente al restrictivo de los delitos dolosos (67). Es esta una opinión que se ha mantenido erróneamente por determinados finalistas —como Maurach (68)— respondiendo a una concepción nada evolucionada del injusto imprudente, es decir, de la «finalidad» en la imprudencia (específico desvalor de la acción), entendida como «finalidad potencial» (69), es decir, como «causación evitable mediante una actividad finalista».

Por eso resulta útil deshacer la visión que ofrece del dominio del hecho su interpretación «ontológica» (70), es decir, aquella que deduce y hace depender el dominio del «acto» del concepto prejurídico de acción. Esta interpretación trata, en consecuencia, la cuestión de la autoría en sede de acción y, a través de ella, de injusto típico. Aunque son muchas las consecuencias perturbadoras que se deducen de esa orientación finalista ontológica, considero especialmente grave la que influye en ese concepto «extensivo» de autor en los tipos imprudentes.

En nuestra doctrina asume esta orientación del «dominio del hecho», Córdoba —siguiendo a Maurach— (71), para quien el punto de partida es que si «autoría es realización del acto propio» resulta inevitable acudir al concepto de acción para decidir el

(64) Lehbuch, AT, I, 120 (Rdn 348).

(65) GIMBERNAT, *Introducción*, cit., pág. 127, con amplias referencias.

(66) GIMBERNAT, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 97-98, nota 40; CEREZO, en *Welzel-Festschrift*, cit., 645.

(67) Con razón, CEREZO, en *Problemas...*, cit., pág. 171.

(68) *Tratado*, II, pág. 301; Críticamente frente a Maurach, Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, 812 sigs.

(69) Críticamente, en nuestra doctrina, Cerezo, *Problemas*, pág. 171.

(70) Tampoco la exigencia de que el hecho principal tenga que ser doloso debe deducirse de este condicionamiento «ontológico», sino de la justeza político-criminal de que el dolo esté en el tipo, lo que, si bien tiene que ver con la naturaleza personal del injusto —a mi entender— no tiene por qué vincularse a la naturaleza de la acción. La antes señalada opinión de Roxin, que conduce a la posibilidad de participación en hecho no doloso es —a mi entender— poco afortunada (además de minoritaria y prohibida en el derecho alemán), pero no por ello queda invalidada su crítica (cfr. *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, págs. 89 sigs.).

(71) CÓRDOBA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de Maurach*, 1962, II, págs. 309-312.

criterio delimitador del autor. Esto conduce a la diferenciación en el plano «ontológico» entre la autoría del delito doloso y la del imprudente. Ahora bien, al restringirse en éste último la autoría a la causación del resultado se termina confluyendo en un concepto extensivo, contrapuesto al restrictivo de los delitos dolosos.

Precisamente en esta contradicción se basa Rodríguez Mourullo para realizar su crítica a la teoría del dominio del hecho en el concreto ámbito de la autoría mediata, de la misma manera que lo hiciera antes Rodríguez Muñoz —aunque refiriéndose éste a la crítica global de la «finalidad» potencial y del injusto imprudente en Welzel (72).

No es preciso —casi— recordar que esa concepción del delito imprudente y de su autoría, por tanto, corresponde a una fase de la teoría finalista superada por el propio Welzel; fase en la que todavía analizaba el injusto imprudente de forma fundamentalmente condicionada por el factor del «resultado». Incluso la tesis de la finalidad potencial en la imprudencia obedecía a esa excesiva fijación en el «resultado», que, sin embargo, había sido ampliamente superada ya en el marco de los delitos dolosos (73). Sin embargo, tras la impecable crítica interna de Niese (74) el finalismo abandonó el criterio de la «finalidad potencial» en la imprudencia, y elaboró una doctrina atenta a la infracción del deber de cuidado, es decir, al desvalor de la acción. De todo esto se deduce que, si bien existen obvias especificidades entre la autoría dolosa y la imprudente que imposibilitan la aplicación del «dominio del hecho» a esta última—, no es menos cierto que puede considerarse definitivamente infundamentado el intento de seguir criticando el criterio del «dominio del hecho» porque supuestamente descansa en un concepto extensivo de autor en los delitos imprudentes (75).

Con Cerezo hay que decir que la tesis ontológica de la autoría resulta inmantenible actualmente, tras la constatación de que se trata de una cuestión delimitable sólo en sede de injusto típico.

Lo que ocurre —como se dijo— es que la imputación al autor no se basa en criterios específicos de autoría en los delitos imprudentes —frente a lo que sucede en los dolosos— sino que se consume en la genérica investigación de la imputación al tipo, lo que, como es sabido, es algo muy distinto a la mera investigación de la relación de causalidad (76). Es decir, que a priori habrá que

(72) «La doctrina de la acción finalista», 2.ª edic., 1978, págs. 128 sigs.

(73) WELZEL, *Lehrbuch*, 129.

(74) Finalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit, 1951, 52 sigs.

(75) Sin razón, por tanto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, págs. 812 siguientes; críticamente, CEREZO, *Problemas...*, cit., págs. 171 sigs.

(76) Específicamente, es decir, en relación concreta con el tema de la autoría en delitos imprudentes, así lo reconoce ROXIN en la 3.ª edición de su *Täterschaft...*, cit.

No es posible entrar aquí en más detalles sobre el problema de la imputación objetiva en la imprudencia y la tª del incremento del riesgo (cfr. ROXIN, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos*, cit., págs. 149 sigs.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del*

descartar el criterio del dominio del hecho (*en cualquiera de sus formulaciones*) para la comprensión de la autoría imprudente, siendo, por el contrario, definitorio el punto de vista de la «realización evitable del riesgo no permitido» (77). Autor es, pues, en el delito imprudente «todo aquel que, lesionando el cuidado necesario en el tráfico, contribuye a la realización del tipo, para lo que hay que tener en cuenta que, ya que no se trata de delitos de mera causación de un resultado, habrán de realizarse también los elementos de la acción, para ser punible» (78). No existe diferencia, pues, entre autor y partícipes en el delito imprudente. La autoría es, ya, infracción del deber en el sentido del tipo (79): todo el que infringe el deber de cuidado —inconsciente o conscientemente— es autor (80).

Antes se ha recalcado que no es válido el «dominio del hecho» *en ninguna de sus formas* en los delitos imprudentes. Tampoco, pues, entendido como «dominio (*mecánico*) de la voluntad» a efectos de afirmar la posibilidad de autoría mediata imprudente, como pretende Rodríguez Mourullo (81). También es preciso señalar, antes de entrar en polémica al respecto, que hoy ya no es posible defender la tesis diferenciadora entre autoría y participación en los delitos imprudentes, o de la autoría mediata en los mismos, en base al argumento de que se trata de delitos de deber específico, una vez reconocido que la especificidad de infringir un deber la comparte la acción imprudente con cualquier conducta típica, por lo que no es posible su asimilación a los delitos especiales. Es preciso, pues, retomar el señalado amplio —pero clarificador— terreno de la imputación: sólo la realización del riesgo, en relación a la infracción del deber objetivo de cuidado, marcará los límites de la autoría en estos tipos.

IV. CRITICA A LA TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

i. Tesis de Rodríguez Mourullo.

A mi entender no es desacertado decir que toda la crítica de este autor gira en torno a la incompatibilidad del dominio del

cargo, cit., 205 sigs.) y del «fin de protección de la norma» (cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 119 sigs.; TORIO, *Versari in re ilícita y delito culposo*, en *ADPCP*, 1976, pág. 39; ROXIN, —más restringidamente—, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en *Problemas básicos*, cit., 181 sigs.).

(77) STRATENWERTH, *Lehrbuch*, 1976, pág. 312.

(78) JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 900.

(79) En favor de la diferenciación, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 814 sigs., y Jurisprudencia por él citada, en todo caso con carácter minoritario (cfr. G. MBERNAT, *Introducción*, cit., pág. 128); también, MIR, *Adiciones*, II, página 914.

(80) En tanto que la «participación imprudente» en hecho doloso es autoría accesoria.

(81) *El autor mediato en derecho penal español*, en *ADPCP*, 1969, pág. 480, y en *Comentarios*, I, págs. 817 sigs.

hecho con el reconocimiento —que él defiende— de «autoría mediata imprudente» de un hecho no doloso, ni imprudente, del «instrumento» (82). Incluso se podría decir que su opinión favorable a la diferenciación entre autoría y participación en la imprudencia depende de la tesis anterior.

Centrando, pues, la atención en la crítica que se deduce del reconocimiento de la posibilidad de «autoría mediata imprudente» la tesis de Rodríguez Mourullo no parece compatible. En esencia consiste en partir de un concepto restrictivo de autor (en todo caso), que debe conciliarse con el reconocimiento específico de la autoría mediata (para lo que somete a crítica la mecánica equiparación entre «realización del tipo» y «ejecución física (directo-corporal)» pero sin reconocer, por ello, la teoría del dominio (doloso) del hecho (83).

A mi entender, sin embargo, lo que hace Mourullo es aplicar una peculiar teoría del dominio del hecho, tanto a los hechos dolosos como imprudentes. En efecto, de la anterior síntesis se deduce un concepto restrictivo de autor, que se define por la realización del tipo, lo que equivale a remitirse al concepto de autor como «dominante del hecho» para así poder dar cabida al autor mediato (84).

a) *El dominio «no doloso» del hecho.*

Ahora bien, ese «dominio del hecho» se convierte en «peculiar», ya que para Rodríguez Mourullo también es factible un dominio imprudente, tal y como hay que deducir de su reconocimiento de la autoría mediata imprudente. Para hacer factible esta tesis resultará imprescindible criticar la componente «dolosa» del dominio del hecho. Así, sería cierto —siempre según Rodríguez Mourullo— que «sin dolo no existe dominio del hecho», siempre y cuando se quiera significar que no existe un «*objetivo*» dominio del hecho, pero no podrá admitirse, sin embargo, si lo que se esconde tras esa afirmación es la imposibilidad de que una persona realice un hecho imprudente a través de otra que actúa como mero «instrumento» (85). Obsérvese que ello equivale a utilizar un «peculiar» concepto de dominio del hecho, y no a prescindir

(82) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, págs. 817 sigs.

(83) Recuérdese que esta *ta* se justifica en la doctrina alemana —destacada aunque no exclusivamente— por la necesidad de acceder a una doctrina de la autoría capaz de comprender la autoría mediata.

(84) Recuérdese lo antes señalado —siguiendo a Roxin— en torno a que el abandono de la interpretación estrictamente ejecutiva (por sí mismo) del concepto restrictivo de autor, conducía inevitablemente al «dominio del hecho», para explicar la «realización del tipo» (cfr. supra, nota 11); de acuerdo, en líneas generales, con que el criterio del «dominio del hecho» es la base para la delimitación del concepto de autor mediato, GIMBERNAT, ZStW, 1968, página 920.

(85) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, pág. 818.

de él: «el *dominio del hecho*... es el que proviene de la relación señor-siervo de la relación, en virtud del cual lo realizado por el segundo aparece como obra del primero. Mientras subsista firme esta relación "señor-instrumento" existirá la posibilidad de una autoría mediata» (86).

Queda, pues, confirmada la tesis aquí mantenida de que Rodríguez Mourullo no puede prescindir, en realidad, del dominio del hecho, una vez admitido un concepto restrictivo, pero no meramente ejecutivo-personal, de autor, por lo que se ve forzado a complementarlo como «*relación señor-siervo*», o «señor-instrumento», a nivel de *objetiva y mecánica* dependencia, para hacerlo compatible así, ulteriormente, con su aplicación a la imprudencia.

Y, precisamente, por esta naturaleza «objetivo-mecánica» del dominio, ésta quiebra —para Rodríguez Mourullo— cuando el «instrumento» actúa a su vez, imprudente o dolosamente en relación a las «órdenes» del supuesto dominante del hecho (87).

Pues bien, no parece necesario forzar o «ampliar» en tales términos el dominio del hecho, ya que es perfectamente posible erradicar este criterio del ámbito de los delitos imprudentes, sin por ello tener que confluír en un concepto extensivo de «autor» en la imprudencia: en estos se restringe el ámbito meramente causal mediante la específica imputación objetiva del resultado a la infracción por el sujeto del deber objetivo de cuidado.

b) *Su concepción del injusto imprudente.*

Obviamente esta elaboración de Rodríguez Mourullo sólo puede entenderse desde una interpretación del injusto imprudente que no parece tampoco compartible, a pesar de que la opinión de Mourullo puede encontrar apoyo (88) en la compleja y criticada regulación de la imprudencia en el C. p. vigente. En efecto, al no seguir el C. p. vigente el sistema de tipificación expresa y particularizada de los hechos punibles como imprudentes, se impuso la interpretación de que el tipo es igual en ambos casos —doloso e imprudente— deduciéndose la imprudencia de la puesta en relación de los artículos 565, 586.3, y 600 C. p. con el correspondiente tipo doloso. En esta interpretación apoya, precisamente, Rodríguez Mourullo su teoría de que hay posibilidad de diferenciar entre autoría y participación en los delitos imprudentes —en el Derecho penal español— ya que el autor imprudente es, simplemente, el que realiza imprudentemente la acción típica descrita

(86) *Comentarios*, I, págs. 818-819.

(87) *Comentarios*, I, págs. 820-821. Curiosamente, sin embargo, admite RODRÍGUEZ MOURULLO, la autoría mediata en supuestos de «autor detrás del autor».

(88) Cfr., sin embargo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina...*, cit.; el mismo, *Notas a la traducción del Tratado de Mezguer*, I, 1955, pág. 209; también CEZEZO, *Polémica en torno al concepto finalista del autor*, pág. 171.

en el correspondiente delito doloso (89). No cabe duda de que aquí se encuentra la clave para el desarrollo ulterior de su tesis sobre el «dominio del hecho —antes analizada— ya que esta comprensión del injusto imprudente confluye en un concepto único de autor válido tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, y guiado, precisamente, por el criterio del delito doloso: el peculiar «dominio del hecho».

Es preciso insistir, sin embargo, en que es ésta una interpretación poco evolucionada del injusto imprudente: las peculiaridades de la conducta imprudente conducen a su independencia respecto a la dolosa, ya en el tipo.

c) *Su ejemplo jurisprudencial: un caso de imputación objetiva.*

Sólo teniendo en cuenta lo anterior se puede comprender que Rodríguez Mourullo utilice el supuesto (S.T.S. 5 junio 1957) de quien dirige imprudentemente la maniobra del conductor de un camión, que lo hace marcha atrás y sin visibilidad, resultando atropellado en la maniobra que un viandante, como un caso de autoría mediata imprudente del que dirigió la maniobra, dada la absoluta dependencia del conductor (que no actuó dolosa ni imprudentemente) —se dice— respecto de aquél.

No cabe duda de que es función de la dogmática penal elaborar la sistemática que permita sustanciar la posible punición de dicha conducta imprudente de quien dirigía la maniobra. Ello no tiene por qué hacerse, sin embargo, desde una óptica causal-naturalística. Por eso, es dudoso que haya que recurrir a la autoría mediata y a la consiguiente «ampliación» del dominio del hecho para explicar dicha sentencia, pues no cabe duda de que —ateniéndose al anterior supuesto de hecho— la imprudencia que ha concluido en el resultado —muerte— sólo la ha cometido aquel que dirigía la maniobra, aunque no conducía el camión. De esta constatación básica hay que pasar, pues, a la fundamentación dogmática de su punición, es decir, a la imputación, en donde el criterio del riesgo creado o incrementado se convierte en elemento rector: una conducta es relevante penalmente e imputable a un autor sólo en cuanto realiza el riesgo; «imputable es aquel resultado que se puede concebir dispuesto finalmente» (90); o, también, «un resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico» (91); o, «sólo podrá haber imputación si la conducta del autor significa un aumento del riesgo permitido» (92); así podrían recogerse mu-

(89) *Comentarios*, I, pág. 815.

(90) Richard HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Festgabe für Frank*, I, 1930, pág. 184.

(91) ROXIN, *Reflexiones sobre el problema de la imputación en el Derecho penal*, cit., pág. 131.

(92) ROXIN, ob. últ. cit., pág. 133.

chas más formulaciones, que, vinculadas al *riesgo* como criterio de referencia de la imputación, se basan en la fórmula de Honig de la «posibilidad objetiva de pretender»; no hay acción típica, pues, sin comportamiento personalmente imputable (93). Queda perfectamente delimitada, pues, la imputación a la imprudencia del que dirigió la maniobra, único que actuó típicamente. Como se dijo, las cuestiones de autoría en la imprudencia no son más que aparentes cuestiones de autoría. Por eso es superfluo aquí cualquier criterio específico de imputación al autor, como el del dominio del hecho.

2. La tesis de Gimbernat.—Crítica y propuesta final sobre la autoría en el artículo 14 C. p.

Tal vez sean útiles algunas precisiones previas sobre las principales tesis de este autor relativas a la autoría y a la coautoría, para poder acceder al núcleo de su crítica al «dominio del hecho», que entiendo, además, como su parcial aceptación.

Autor en sentido estricto es el que realiza una conducta directamente subsumible sin más en el tipo, es decir, el que realiza la acción típica (94). Coautor del artículo 14.1 es sólo el que, realizando una conducta no directamente subsumible en el tipo, *ejecuta* una acción en el delito realizado por el autor en sentido estricto —acción que puede constituir, además, un elemento del tipo (95). Así pues, el coautor ejecutivo (art. 14.1) es un partícipe, porque realiza acciones de ejecución, pero no directamente subsumibles en el tipo. La denominada «coautoría no ejecutiva» aparece en nuestro C. p. como «cooperación necesaria»; el cooperador necesario es, obviamente, un partícipe también; precisamente un *partícipe «necesario» no ejecutivo* (96).

Es decir, que el criterio diferenciador entre coautoría ejecutiva y complicidad es la realización, o no, por el sujeto de acciones de ejecución del delito, de la misma manera que éste es el criterio para delimitar, en Derecho español, la coautoría del 14.1 respecto de la cooperación necesaria. Esta se diferenciará, a su vez, de la complicidad —con la que comparte, como se vio, el carácter no ejecutivo— en atención a la importancia efectiva (no hipotética) de la aportación desde el punto de vista de la escasez, que hace su aportación difícilmente sustituible (97).

(93) ROXIN, ob. últ. cit., pág. 141.

(94) *Autor*, cit., págs. 219 sigs.

(95) *Autor*, cit., pág. 219; muy claro en ZStW, 1968, pág. 916. Con razón ha señalado Mir que al incluir Gimbernat en el 14.1 a quienes «efectúan algún acto ejecutivo sin realizar toda la figura del delito, viene a coincidir con la interpretación, si no del sentido, sí del alcance, del artículo 14.1 C.P. que efectúa la doctrina tradicional con arreglo a la Tª objetivo-formal» (*Adiciones*, cit., pág. 948).

(96) ZStW, 1968, págs. 928 y sigs. (933).

(97) *Autor*, cit., pág. 159; él mismo en ZStW, 1968, pág. 931.

La ordinación de la autoría mediata entre los autores en sentido estricto se convierte en un arduo problema, si se tiene en cuenta que muchos tipos están pensados para el autor directo (y comisivo) en sentido estricto, por lo que habrá que concluir que sólo podrá afirmarse la autoría mediata cuando el tipo lo permita. El criterio del dominio del hecho se mostrará —según Gimbernat— satisfactorio, al respecto. En los casos en que sea difícil la realización de la acción típica por un *autor mediato* (delitos de resultado y actividad específica), y en tanto no se positivice la fórmula de que es autor también el que realiza el hecho «por medio de otro» (98), es preciso recordar que —para Gimbernat— el autor mediato puede ser considerado, bien un cooperador necesario —el cual, aunque participe, en realidad, está penado igual que el autor, o bien un inductor (99).

Tras este esquemático resumen de la —por lo demás— suficientemente conocida teoría de Gimbernat, se puede comprender que la crítica fundamental de este autor frente al dominio del hecho se centra en la incapacidad de este criterio para explicar no *hipotéticamente* (en abstracto, o en concreto) la línea de demarcación entre cooperación necesaria y complicidad: el dominio del hecho reproducirá los problemas de delimitación de la cooperación necesaria (coautoría no ejecutiva) frente a la complicidad. La crítica se expresa en los siguientes términos: el dominio *funcional* del hecho delimitaría la coautoría no ejecutiva (cooperación necesaria) en base a que el coautor ejercita una función de *importancia esencial* para la concreta realización del delito; pero para definir lo que se entiende por «importancia esencial» esa teoría debe recurrir a la emisión de juicios hipotéticos —ya abstractos, ya concretos— semejantes a los que se necesitan —según doctrina dominante de la que Gimbernat se desvía— para complementar la «necesidad de la cooperación» en el artículo 14.3 C. p. Y ello ocurriría así, tanto si se recurre a la teoría de la «necesidad» (que es idéntica a la formulación hipotética, que impone el texto positivo español), como a su variante la del «desbaratamiento del plan total», que utiliza Roxin (100), ya que —al decir de Gimbernat— no hay forma posible de deducir tal «desbaratamiento» del plan total sin recurrir al juicio hipotético de lo que *habría* ocurrido en caso de no concurrir tal conducta (101).

Para nadie es un secreto, sin embargo, que en la doctrina penal sobre el «co-dominio del hecho» (*Mitherrschaft*) este dominio funcional se acepta como concepto *abierto*, o, dicho en términos más concretos, que el criterio de la «importancia esencial» no tiene

(98) Cfr. *Proyecto*, 1980, C. P., art. 32 y *Anteproyecto* 1983, art. 28.

Idéntica propuesta se encuentra en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, página 802. Tanto la doctrina como la Jurisprudencia reconocen actualmente, sin embargo, la autoría mediata, a pesar del artículo 14 C. P.

(99) *Autor*, cit., págs. 224-225 y ZStW, 1968, pág. 937.

(100) ROXIN, *Täterschaft*, págs. 277 sigs. (esp. 280).

(101) GIMBERNAT, ZStW, 1968, pág. 928.

un contenido cerrado manifiesto o evidente. Con este criterio se trata, pues, de facilitar la función judicial mediante una idea rectora material (102), lo cual quiere decir, simplemente, que la posible casuística es tan amplia que se hace imposible (e inútil) intentar una fijación más concreta. También el criterio de la *escasez*, que ofrece Gimbernat para delimitar la coautoría no ejecutiva (14.3) respecto de la complicidad (art. 16) es un principio regulativo, un concepto abierto, afectado igualmente por la imposibilidad e inutilidad de una comprensión concreta y casuística. Sólo al aplicarlos específicamente al hecho adquieren su concreción, como por lo demás advierte el propio Gimbernat (103). Es decir, que el carácter *condicionante* del hecho que tiene la función realizada por el sujeto, *puede* (aunque no «*tiene que*») decidir la «importancia esencial» de la cooperación; pero este carácter condicionante se encuentra también en la base de la fórmula de la *escasez*, ya que el principio de la «*importancia esencial*» es *también* su punto de partida (104). Gimbernat intenta evitar ese juicio hipotético mediante la remisión a lo que realmente era «absolutamente necesario» para el autor; condición imprescindible, según la *escasez* de medios (105), es decir, no de lo que sería, sino de lo que efectivamente —para el autor— ha sido. El juez debe, pues, ponerse en el lugar del autor (en sentido estricto) y responder si lo que está haciendo el cooperador se presenta como necesario (escaso absolutamente) para aquél. Obsérvese, sin embargo, que esta respuesta sólo la puede dar el juez, bien comparando la situación real con la hipotética (si A no le hubiese proporcionado a B el medio «escaso» X, éste *no habría* podido acceder (o habría accedido muy difícilmente) al resultado delictivo pretendido, según su convicción y la reconstrucción judicial *ex ante* del hecho (juicio *hipotético concreto*); o bien puede formular la respuesta no hipotéticamente: B tuvo la convicción de que A era absolutamente necesario (por su aportación de un bien escaso) para acceder al resultado X. Tras el juicio general y provisional sobre el carácter «escaso» de un bien, la afirmación definitiva de dicha «escasez», en el caso concreto, se deduce porque «*ex ante*» es «condición necesaria» para el autor en relación al resultado. En realidad, es lo mismo que cabe hacer con la fórmula del «desbaratamiento del plan total», afecta al dominio funcional del hecho. Es decir, que ambas (*escasez* y desbaratamiento) pueden confluír, siempre y cuando el punto de vista sea concreto (en relación al resultado) y «*ex ante*».

Esto no interfiere en la cuestión, antes resuelta afirmativamente, de si el «dominio funcional del hecho» define también la «coautoría ejecutiva», pero sí deja claro que el «cooperador nece-

(102) Así, ROXIN, *Täterschaft*, pág. 824; es decir, se trata de un principio regulativo.

(103) ZStW, 1968, pág. 931.

(104) Así, GIMBERNAT, *Autor*, cit., pág. 154 y ZStW, 1968, pág. 928.

(105) *Autor*, cit., pág. 154.

sario» es un coautor, y como tal un AUTOR, y no un partícipe, ya que «domina funcionalmente el hecho», a pesar de no realizar actos ejecutivos de la acción típica. Ya se dijo anteriormente que el dominio funcional del hecho es criterio que exige la «co-realización del hecho en fase ejecutiva». Esto implica que son coautores también quienes realizan parte de la acción típica (ej.: el que ejerce violencia sobre la víctima para que otro consume la violación, o fuerza en las cosas para que otro sustraiga) (art. 14.1), además de los que realizan acciones íntima y directamente vinculadas a la típica, cuya ejecución no necesita de eslabones intermedios (106). A un nivel «valorativo», pues, el cooperador necesario realiza actos íntima y directamente vinculados con la acción típica, porque son *necesarios* para su realización. Entre éstos hay que incluir a quienes actualizan su función de dirección u organización en la fase ejecutiva, o quienes, sin realizar tampoco actos ejecutivos, cooperan de cualquier otra forma «necesaria» en dicha fase ejecutiva (art. 14.3). Aquí han de incluirse tanto los ya tratados supuestos del «jefe de la banda», como las acciones del «vigilante» en el asalto al Banco, o el que lleva al lugar del crimen a la víctima, etc... Siempre, naturalmente, que concurra en estos últimos ejemplos la característica de una aportación cuya ausencia desbarata el plan total; es decir, en resumen, siempre que pueda afirmarse el «dominio funcional del hecho». En tal caso, ha de afirmarse su COAUTORIA, porque, en fase ejecutiva, el mal llamado «coautor no ejecutivo» se diferencia del cómplice-partícipe por la importancia esencial de la aportación de aquél. Este —el cómplice— no aporta una condición necesaria en la fase de ejecución del hecho, y además, puede participar en él con actos preparatorios, a diferencia del cooperador necesario, que, en todo caso, debe actualizar su función en fase ejecutiva. Este último aspecto positivo no ha sido debidamente resaltado por la doctrina cuando ha criticado la tesis del dominio del hecho. Hechos como el de facilitar a la embarazada el nombre y dirección de una persona dispuesta a ejecutar materialmente el delito de aborto, constantemente perseguidos como actos de cooperación necesaria, no sólo no lo serían porque pudiera resultar discutible la «necesidad» de la cooperación en determinados supuestos, sino, que, en general, no lo serán porque se trata de conductas claramente preparatorias, en las que el sujeto no ha actualizado su función en fase ejecutiva.

Otros ejemplos, también utilizados por Gimbernat —como el de quien desde dentro del establecimiento facilita la entrada a los ladrones, pueden, efectivamente, considerarse como un caso de cooperación necesaria desde el punto de vista de la actualización de la función no ejecutiva. Pero no cabe decir lo mismo de quien «pone a disposición de los autores habitaciones contiguas o pasadizos que llevan a la estancia en donde se desea perpetrar el

(106) Ejemplos en JESCHECK, *Tratado*, II, pág. 708.

delito» (107), ya que, si bien su aportación puede considerarse «escasa», su dominio funcional del hecho no puede afirmarse, por tratarse de actos preparatorios no actualizados en fase ejecutiva. Y algo similar habría de aplicarse, en general, a las conductas de entrega de objetos o de dinero para financiar un delito.

Decía antes que Gimbernat complementa de forma específica el criterio del dominio del hecho, además de restringir su aplicación (en forma de «escasez») a la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad. Si se acepta que la teoría de la escasez no es más que una forma de investigar el dominio funcional del hecho, la conclusión lógica ha de ser que tanto la cooperación necesaria como la coautoría del artículo 14.1 son formas de autoría.

Si retomamos el problema de los juicios hipotéticos —auténtico caballo de batalla de Gimbernat, cuya crítica es la base de la teoría de la escasez— hay que recordar, de nuevo, que ello no puede ser un obstáculo para la confluencia entre las teorías de la «escasez» y del «desbaratamiento del plan total». Hay que recordar, en efecto, que el propio Roxin —tal y como resalta y acepta en nuestra doctrina Cerezo (108)— ha rebatido la supuestamente inevitable referencia del dominio funcional del hecho a un juicio hipotético: en realidad, la «importancia esencial» se remite a una constatación «ex ante», y tiene que ser realizada por el juez en referencia a la función que a cada uno le fue asignada en el plan delictivo (109) y, como ya se ha dicho, a lo que realizó en fase de ejecución (110).

(107) GIMBERNAT, *Autor...*, cit., pág. 197.

(108) CEREZO, en *Problemas básicos...*, cit., págs. 177-178.

(109) CEREZO, en *Problemas básicos...*, cit., pág. 178.

(110) ROXIN, *Täterschaft...*, cit., pág. 527.

SECCION LEGISLATIVA

I. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

LEY 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. («B. O. E.», núm. 74, 27 de marzo.)

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. La presente Ley tiene por objeto cumplir el mandato del artículo 13.4 de la Constitución y, al mismo tiempo, ofrecer una solución jurídica a un problema de hecho como es el de refugio en España de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución.

La Ley comprende dos títulos relativos, respectivamente, al derecho de asilo y a la condición de refugiado, en los que se regulan las circunstancias específicas de ambas situaciones.

II. El título I referido al asilo se ocupa de los siguientes extremos:

1. Motivos de asilo:

El derecho de asilo en su dilatada historia ha transformado el ámbito de protección. Si en un principio beneficiaba sólo a los delincuentes comunes y nunca a los políticos, desde finales del siglo XVIII la tendencia se invierte, de modo que en la actualidad sólo protege a los perseguidos políticos, entendida esta expresión en sentido amplio (raza, religión, nacionalidad, etc.).

Nuestra Ley es en este punto generosa, pues junto a los perseguidos comprende también a quienes hayan cometido delitos políticos o conexos, que no lo sean en España.

2. Protección que ofrece el asilo:

La protección primaria y esencial consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor y, por tanto, desestimar las peticiones de extradición. De ahí que la solicitud de asilo suspenda, hasta la decisión definitiva, el fallo de cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pen-

diente o, en su caso, la ejecución del mismo (art. 5.º, 2). En cualquier caso, la expulsión de un extranjero nunca se realiza al país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada (art. 19.1).

Además, el asilo puede comprender también las medidas previstas en el artículo 2.º (autorización para trabajar, asistencia social, etc.).

3. Reconocimiento del derecho:

La petición de asilo puede hacerse en cualquier frontera española, aun cuando no se tenga la documentación en regla, en este último caso pueden adoptarse medidas cautelares. Lógicamente la petición puede cursarse también dentro del territorio nacional.

El reclamante puede valerse de abogado, que se nombrará de oficio si lo solicita. Se prevé también la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados en el procedimiento (artículo 5.º, 5).

La condición de asilado se reconoce por extensión a los ascendientes y descendientes en primer grado, así como al cónyuge (art. 10).

4. La competencia:

La competencia en materia de asilo, por tratarse de un acto en ejercicio de la soberanía del Estado (concesión, revocación, condiciones), se atribuye al Gobierno a propuesta de la Comisión Interministerial creada en el seno del Ministerio del Interior y compuesta por representantes de los Departamentos ministeriales afectados por la concesión de asilo.

Las resoluciones del Ministerio del Interior, no admitiendo a trámite el expediente de solicitud de asilo o poniéndole fin, son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El mismo recurso cabe contra las resoluciones del Gobierno revocadoras de la concesión de asilo. Por lo que respecta a las denegaciones de asilo se introduce la posibilidad de reexamen administrativo de las mismas, de acuerdo con las recomendaciones de los Organismos internacionales especializados en la materia.

III. El título II de esta Ley regula la condición jurídica del refugiado en España y es complementaria del Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y del Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordenamiento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978.

IV. En la elaboración de esta Ley se ha consultado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

TITULO I

Del asilo

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo primero. Derecho a solicitar asilo.

El territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se conceda asilo de conformidad con esta Ley. Se reconoce a los extranjeros al derecho a solicitar asilo.

Corresponde al Gobierno conocer y decidir sobre las solicitudes de asilo, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor.

Artículo segundo. Contenido del asilo.

1. El asilo es la protección graciable dispensada por el Estado, en el ejercicio de su soberanía, a los extranjeros que se encuentren en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3.º y que consiste en la no devolución al Estado donde sean perseguidos o hayan sido sancionados y en la adopción de las siguientes medidas:

- a) Autorización de residencia indefinida o temporal en España.
- b) Expedición de los documentos de viaje e identidad necesarios.
- c) Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles.
- d) Cualesquiera otras que puedan recogerse en los Convenios Internacionales, referentes a los asilados, que sean suscritos por España.

2. Asimismo, podrá otorgarse a los asilados, en su caso, la asistencia social y económica que reglamentariamente se determine.

Artículo tercero. Causas que justifican la solicitud y denegación de asilo.

1. Podrán solicitar asilo en España:

- a) Las personas a quienes se hubiere reconocido la calidad de refugiado de acuerdo con lo dispuesto en el título II de la presente Ley.
- b) Quienes sufran persecución, estén sometidos a enjuiciamiento o hayan sido condenados por delitos de carácter político o por hechos conexos con un delito de tal naturaleza o que deriven del ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución española.

2. También podrán solicitar asilo los extranjeros que sufran persecución, estén sometidos a enjuiciamiento o hayan sido condenados en el país de su nacionalidad, siempre que tal persecución, enjuiciamiento o sanción:

- a) Obedezcan a razones de raza, etnia, religión, pertenencia a grupo social determinado u opiniones o actividades políticas, aun cuando parezcan motivadas por un delito de naturaleza común.
- b) Se deban a un delito que se hubiere cometido con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el ordenamiento español, o de luchar contra los sistemas no democráticos de convivencia.

3. Podrá igualmente otorgarse el asilo a las personas no comprendidas en el número anterior en los casos en que la concesión del asilo se justifique por razones humanitarias.

4. En ningún caso se otorgará asilo:

- a) A las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para creer que han cometido alguno de los delitos contra la paz, contra la humanidad o de guerra, definidos en los Instrumentos internacionales elaborados para dictar disposiciones referentes a tales delitos y en particular a aquellas respecto de las cuales existan motivos fundados para creer que han tenido parte en la persecución sistemática de personas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones

políticas o estén implicados, ya sea como autores, cómplices o encubridores, en la tortura, secuestro o desaparición de personas por algunos de los motivos antes señalados. Asimismo, no podrá concederse asilo a quienes sean culpables de actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas o de la Constitución española.

b) A quien, con anterioridad a la concesión del mismo, hubiere cometido, fuera del país por el que es perseguido o ha sido sancionado, un delito común grave, entendiéndose por tales los que estén sancionados en el Código Penal español con pena igual o superior a la de prisión mayor.

c) A quien hubiere perpetrado un delito contra la seguridad de la navegación aérea o marítima, o de los transportes terrestres, un delito de terrorismo o cualquier otro acto considerado punible por los Convenios Internacionales válidamente ratificados por España.

CAPITULO II

De la concesión y reconocimiento de la condición de asilado

Artículo cuarto. Presentación de la solicitud de asilo.

1. El extranjero que se encuentre en territorio español presentará su petición de asilo ante la Autoridad gubernativa competente.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presente sin demora a las Autoridades.

2. La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

Si el extranjero carece de la documentación exigida por las Autoridades españolas, el Ministerio del Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado en tanto no se resuelva su solicitud. (

3. La petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Artículo quinto. Efectos de la solicitud de asilo.

1. Solicitado el asilo por cualquier extranjero no podrá ser expulsado sin que se haya resuelto su petición, sin perjuicio de la medidas cautelares que pueda adoptar la Autoridad gubernativa por motivos de salud o seguridad pública.

No obstante, el ministro del Interior, oída la Comisión a que hace referencia el artículo 6.º de esta Ley, podrá decidir la no admisión provisional del solicitante o su expulsión del territorio español cuando concurren de modo notorio en el extranjero algunas de las circunstancias previstas en el número 4 del artículo 3.º.

La adopción de esta medida no suspenderá la tramitación del expediente.

2. La solicitud de asilo basada en cualquiera de las causas previstas en esta Ley suspenderá, hasta la decisión definitiva, el fallo de cualquier proce-

so de extradición del interesado que se halle pendiente, o, en su caso, la ejecución del mismo. A tal fin, la solicitud de concesión de asilo será comunicada inmediatamente al órgano ante el que tuviera lugar el correspondiente proceso.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas de procedimiento para la concesión de asilo, situación provisional de los solicitantes y documentación en que se determine tal situación.

4. El solicitante de asilo será instruido por la autoridad a la que se dirigiera de los derechos que le corresponden de conformidad con esta Ley y, en particular, del derecho a la asistencia de abogado.

5. Se comunicará al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados la presentación de las solicitudes de asilo, permitiéndose el Alto Comisionado informarse de la marcha de los expedientes, estar presente en las audiencias al solicitante y presentar informes, verbales o escritos, por sí o por representante apoderado al efecto, ante el Ministerio del Interior; igualmente se permitirá a las Asociaciones legalmente reconocidas que entre sus objetivos tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado la presentación de informes escritos ante el ministro del Interior.

Artículo sexto. Comisión Interministerial.

1. Se crea en el seno del Ministerio del Interior una Comisión que examinará las solicitudes de asilo y formulará las propuestas correspondientes.

2. La Comisión estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Seguridad Social.

3. Las normas de funcionamiento de la Comisión se determinarán reglamentariamente.

Artículo séptimo. Concesión del asilo.

La concesión del asilo será competencia del Gobierno a petición de la parte interesada.

Toda solicitud dará lugar a la incoación, a cargo del Ministerio del Interior, del oportuno expediente, al que se incorporarán, en su caso, los informes de las Asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda al asilado.

Seguidamente el expediente se someterá a la Comisión Interministerial prevista en el artículo anterior, a efectos de que por ésta se formule la correspondiente propuesta al Ministro del Interior.

Formulada la propuesta por la Comisión, se procederá de la siguiente forma:

a) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran concordantes, éste procederá a dictar la resolución correspondiente.

b) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran discordantes, éste elevará el expediente al Consejo de Ministros para que resuelva la solicitud.

Artículo octavo. Requisitos de la concesión de asilo.

Para que se resuelva favorablemente la petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos previstos en los números 1 a 3 del artículo 3.º de esta Ley.

Artículo noveno. Reexamen de la denegación.

El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente.

Artículo diez. Extensión familiar del asilo

1. La condición de asilado se concederá, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia.

2. En ningún caso se concederá, por extensión, el derecho de asilo a personas incurso en los supuestos del número 4 del artículo 3.º.

Artículo once. Denegación del asilo por permanencia en otro Estado.

Podrá no reconocerse la condición de asilado a quienes por razones económicas y familiares o de otra índole tengan derecho a residir en un tercer Estado o de hecho se encuentren, no simplemente en tránsito, en dicho tercer Estado, pudiendo obtener en el mismo la residencia y seguridad de no devolución al país perseguidor.

CAPITULO III

De los efectos del reconocimiento y pérdida de la condición de asilado

Artículo doce. Derecho de no devolución.

El reconocimiento de la condición de asilado otorga al extranjero el derecho a no ser devuelto al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo, en los términos del artículo 3.º.

Artículo trece. Residencia y permiso de trabajo.

La concesión de la condición de asilado implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles; la expedición del documento de identidad nece-

sario y, en su caso, de viaje, todo ello con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo catorce. Condiciones especiales sobre residencia y trabajo.

La concesión de la condición de asilado en el supuesto previsto en el número 3 del artículo 3.º implicará un permiso de residencia temporal por un plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo, se revisará la condición de asilado, cuya revocación deberá ser motivada y fundarse en causa justa que afecte al orden público interior, seguridad exterior del Estado o intereses internacionales del mismo.

En tales casos podrá otorgarse el permiso de residencia con alguna de las medidas cautelares que se prevén en el artículo 18 y se estará a lo dispuesto en la normativa general sobre trabajo de extranjeros, que también se aplicará en todo caso a los familiares del asilado.

Artículo quince. Otras medidas protectoras.

La adopción de las demás medidas previstas en el artículo 2.º de esta Ley se realizará teniendo en cuenta los medios efectivos con que cuenta el Estado, de acuerdo con lo previsto en los Convenios suscritos por España, y atendiendo siempre a principios humanitarios.

Artículo dieciséis. Circunstancias excepcionales.

1. Por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social podrá, con carácter general, denegarse la concesión de la autorización de la residencia y trabajo prevista en los tres artículos anteriores.

2. Mediante norma con rango de Ley se determinará la concurrencia de tales circunstancias y el alcance de las medidas a adoptar, respetando, en todo caso, las situaciones preexistentes.

Artículo diecisiete. Efectos de la denegación de asilo.

1. La denegación de la condición de asilado, salvo en el caso de entrada ilegal en España y de lo previsto en el artículo 5.º, 1, de la presente Ley, no implicará la expulsión del solicitante, quien estará en las mismas condiciones que cualquier otro extranjero para obtener la autorización de residencia y trabajo y ostentar los demás derechos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales suscritos por España.

2. En caso de disponerse la expulsión, no podrá efectuarse a un país donde la persona expulsada pueda tener motivos fundados para temer persecución o castigo, en los términos del artículo 3.º de esta Ley.

Artículo dieciocho. Medidas cautelares.

1. Además de los derechos previstos en esta Ley, los extranjeros asilados disfrutarán en España de los mismos derechos y libertades que los demás extranjeros.

2. Sin embargo, por razones debidamente motivadas de seguridad del Estado, el Ministro del Interior podrá, con carácter temporal, adoptar para con el asilado las medidas de alejamiento de fronteras o núcleos de población determinados singularmente o de fijación de la obligación de residencia en determinado lugar. También podrá acordar, por las mismas razones, presentaciones periódicas del asilado ante la autoridad competente.

3. Cuando las relaciones exteriores de España se viesen afectadas de modo grave y directo por actividades desarrolladas en España por una Asociación compuesta total o parcialmente de asilados, que excedan del ejercicio del derecho de libre expresión reconocido en la Constitución, el Ministro del Interior podrá, previo apercibimiento y mediante resolución motivada, proceder a la suspensión de las actividades de la misma y proponer su disolución ante la autoridad judicial. Contra la decisión de suspender las actividades de la Asociación cabrá el recurso a que se refiere el artículo 21,3 de esta Ley.

Artículo diecinueve. Expulsión de los asilados.

1. Los extranjeros asilados podrán ser expulsados del territorio español por actividades graves o reiteradas contra la seguridad interior o exterior del Estado.

En ningún caso se les expulsará a otro país donde hubiese motivos para temer persecución o castigo.

2. El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado, haciéndole saber los recursos que proceden contra la expulsión, así como si los ejercita en el plazo de diez días quedará en suspenso la misma, sin perjuicio de otras medidas de seguridad que puedan adoptarse en este caso.

3. En todo caso, se concederá al expulsado un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país.

Artículo veinte. Revocación de la condición de asilado.

El Gobierno podrá acordar la revocación de la condición de asilado o de alguno o todos los beneficios previstos en el artículo 2.º de esta Ley en los siguientes casos:

a) Cuando el asilo se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones que sean falsos y determinantes del reconocimiento obtenido.

b) Cuando el asilado abandone por más de un año el territorio nacional o adquiera residencia en otro país, a menos que obtenga una autorización previa si median causas que lo justifiquen.

c) Cuando el asilado pueda regresar a su país de origen en caso de haberse producido cambios que hagan cesar la persecución o los motivos racionales de temor a sufrir persecución.

d) Cuando se incurra en alguna de las causas de privación de la condición de asilado previstas en los Convenios Internacionales ratificados por España.

Artículo veintiuno. Recursos.

1. Contra las resoluciones del Ministro del Interior cabe interponer recurso de alzada ante el Consejo de Ministros.

2. Contra las resoluciones del Consejo de Ministros podrá interponerse recurso de súplica ante el mismo.

3. Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

TITULO II

De la condición de refugiado

Artículo veintidós. Reconocimiento de la condición de refugiado.

1. España, en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, reconoce la condición de refugiado y admite como tales a quienes cumplen los requisitos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales suscritos por España y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951.

2. El concepto de refugiado político se entenderá ampliado, sin necesidad de modificar esta Ley, cuando España ratifique cualquier acuerdo internacional que contenga un concepto más amplio, que será aplicable a cualquier persona, aunque no sea de la nacionalidad de los Estados signatarios.

3. A las personas a quienes se conceda el refugio en España, siempre que deseen realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, se les podrá extender los correspondientes permisos de residencia y trabajo.

Artículo veintitrés. Tramitación de la solicitud.

1. La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado se presentará ante el Ministerio del Interior.

2. La Comisión prevista en el artículo 6.º de la presente Ley informará las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado.

A las sesiones que la Comisión celebre en relación a solicitudes de refugio será convocado, en todo caso, el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados.

Artículo veinticuatro. Recursos.

Las decisiones del Ministro del Interior sobre el reconocimiento o la denegación de la condición de refugiado ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el pro-

cedimiento previsto en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—La denegación de la concesión de asilado, cualquiera que sea su causa, no impide que los órganos competentes en materia de extradición puedan entender, de acuerdo con la legislación correspondiente, que no procede la extradición por tratarse de un delito de carácter político o, aunque se trate de un delito común, fundarse en motivo de carácter político la petición de extradición.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º, apartado 2.º de la presente Ley, estuviese pendiente una solicitud de extradición, la decisión del Gobierno será comunicada al órgano correspondiente.

Segunda.—El Gobierno procederá a la constitución de la Comisión prevista en el artículo 6.º de esta Ley en el plazo de tres meses, a partir de su entrada en vigor.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En tanto no sean promulgadas las normas reguladoras de amparo judicial, el procedimiento que se contiene en el artículo 21 se desarrollará según la Ley 62/1978, de 28 de diciembre.

Segunda.—Las personas que se encuentren en España y no hayan obtenido la condición de asilados podrán acogerse a los beneficios que esta Ley concede en los plazos que reglamentariamente se determinen.

DISPOSICION FINAL

1. Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones exija el desarrollo de la presente Ley.

2. El Gobierno, en el plazo de seis meses, regulará el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecarias, de Enjuiciamiento Criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción. («Boletín Oficial del Estado», núm. 80, de 3 de abril.)

Artículo primero.

Las disposiciones del Código Civil que a continuación se expresan quedan suprimidas o modificadas en los siguientes términos:

1. Artículo 681.—En su número sexto, se suprime la expresión: «... y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.»

2. Artículo 853.—Se suprime la causa 4.^a

3. Artículo 1.700.—Su apartado 3.º queda así redactado: «Por la muerte o insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699.»

4. Artículo 1.732.—Su apartado 3.º queda así redactado: «Por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario.»

Artículo segundo.

Queda suprimido el apartado 1 del artículo 13 del Código de Comercio.

Artículo tercero.

Queda suprimido el artículo 995 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo cuarto.

El artículo 82 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas quedará redactado de la siguiente forma:

«No pueden ser administradores los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de las Sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la Sociedad de que se trate.»

Artículo quinto.

El número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria quedará redactado en la siguiente forma:

4.º Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se

modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 31 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

REAL DECRETO 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial del Reglamento Penitenciario. («B. O. E.», núm. 99, de 25 de abril.)

Pese al corto espacio de tiempo que lleva vigente el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrolle mejor los aspectos más innovadores de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Mientras este nuevo Reglamento se elabora, se hace preciso llevar a cabo la reforma de algunos artículos del hoy vigente que viene empañando el carácter progresivo de la Ley Orgánica General Penitenciaria. En esta línea cabe hacer referencia, como aspectos más destacados de esta reforma parcial y urgente, a los siguientes:

Se hacen desaparecer las dos clases de régimen cerrado, común y especial, contemplados actualmente, reduciéndolos a uno solo, el común, al no realizar tal distinción la propia Ley General Penitenciaria.

En la fijación de infracciones, se supera el desequilibrio hasta ahora existente entre los tres tipos de faltas, ampliándose las garantías de los internos en la formulación de un procedimiento sancionador que venga a llenar el vacío normativo que se aprecia en el Reglamento que se reforma. Se concreta a los supuestos más graves la posibilidad de que la interposición de recursos contra los acuerdos sancionadores no suspenda la efectividad de la sanción. Se suprime la dualidad actual invalidación-cancelación, regulando únicamente la cancelación, y se fija para la prescripción unos plazos más acordes con la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Se potencia la intervención del Juez de vigilancia en desarrollo obligado del contenido de los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, para que quede debidamente garantizado el control jurisdiccional de la Administración en el cumplimiento de la normativa penitenciaria.

Se potencian, racionalizan y agilizan las funciones de los equipos técnicos, con las necesarias delimitaciones de competencias y se incorporan plenamente los educadores a los mismos.

Se posibilita la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de los internos clasificados en tercer grado, afectos de toxicomanías.

Finalmente, dada la desaparición del Patronato de Nuestra Señora de la Merced tras la publicación del Real Decreto 1415/1983, de 30 de marzo, las competencias atribuidas a aquél en los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, relativos a la redención de penas por el trabajo, pasan a ser asumidas por los Jueces de Vigilancia, haciéndose, asimismo, una referencia clarificadora a la incompatibilidad de dicha redención de penas por el trabajo con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 del Reglamento vigente.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo con el dictamen emitido por el Consejo de Estado y oído el Consejo General del Poder Judicial, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 28 de marzo de 1984,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º Los artículos del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, que a continuación se relacionan, quedarán redactados de la siguiente forma:

«Art. 34. 1. Los detenidos y presos que conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, mediante el oportuno acuerdo de la Junta de Régimen y Administración, sean calificados de peligrosidad extrema o de inadaptados al régimen propio de los establecimientos de preventivos, serán ingresados en departamentos especiales, cuyas normas de funcionamiento serán las contenidas en el artículo 46 de este Reglamento, y sólo excepcionalmente y con absoluta separación de los penados, podrán ser destinados a establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado.

2. La peligrosidad extrema o la inadaptación al régimen de los establecimientos preventivos, han de ser apreciadas por causas objetivas, tomando al efecto en consideración los factores a que hace referencia la norma tercera del artículo 43 de este Reglamento, en cuanto sean aplicables a los internos preventivos.

3. El acuerdo a que se refiere el apartado uno de este artículo, previos los oportunos informes del equipo técnico, del Médico y de los Jefes de servicio del establecimiento será siempre motivado. La notificación al interno deberá realizarse en el mismo día, con entrega del contenido literal del acuerdo e indicación de que en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes podrá elevar ante el Juez de vigilancia las alegaciones y proposiciones de prueba que estime oportunas. Dentro de los tres días siguientes al acuerdo, la Dirección deberá remitir al Juzgado de Vigilancia certificación literal del mismo, los informes indicados y el escrito de alegaciones y pruebas que, en su caso, haya presentado el interno.

4. La revisión de los acuerdos tomados en aplicación del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria a detenidos y presos que nunca podrán demorarse más de tres meses, se llevará a cabo por la Junta de Régimen y Administración una vez recabados nuevos informes del equipo técnico, del Médico y de los Jefes de Servicio y siempre previa audiencia del interno, salvo que opte por formular sus alegaciones por escrito.

5. El acuerdo a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán inmediatamente ejecutivo, salvo en lo que respecto al traslado se dispone en el apartado siguiente.

6. Si la medida a que se hace referencia en apartados anteriores implicase el destino del detenido o preso a establecimiento distinto a aquel en que se halle, una vez ratificada por el Juez de vigilancia, se comunicará de inmediato al Centro directivo y a la autoridad judicial de la que dependa el interno, a los oportunos efectos.

Art. 35. 1. Por razones de manifiesta urgencia y mediando motín, agresión física con arma u otro objeto peligroso, toma de rehenes o intento de fuga, el traslado del interno a otro establecimiento a que pueda dar lugar la aplicación del artículo anterior, podrá ordenarse por el Centro directivo, aunque no se haya pronunciado el Juez de Vigilancia sobre el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración.

2. La urgencia, previa comunicación telegráfica del Director del establecimiento, será apreciada, en todo caso, por la Inspección General Penitenciaria y el traslado se comunicará de inmediato al Juez de vigilancia y a la autoridad judicial de quien dependa el interno.»

«Art. 43. Los penados, salvo en los que concurra alguna circunstancia que determine su ingreso en un establecimiento especial, serán destinados a los establecimientos de cumplimiento con arreglo a las siguientes normas:

1. Con carácter general y en segundo grado de tratamiento serán destinados a los establecimientos de régimen ordinario todos los penados en quienes no concurran las circunstancias determinantes de la aplicación de las normas 2 y 3 de este artículo.

2. Serán destinados a establecimientos de régimen abierto los penados clasificados en tercer grado por estimar que, bien inicialmente, bien por su evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad.

El régimen abierto se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de este Reglamento. Sin embargo, dicho régimen abierto podrá no ser regulado en el artículo 45, si la peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala, imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior, condiciones personales diversas del penado o indicaciones de su tratamiento penitenciario así lo aconsejan. En estos casos, el equipo de tratamiento o, si no lo hubiere, la Junta de Régimen y Administración dictaminará el tipo de vida aplicable al interno, conforme al principio de individualización científica y acercándose todo lo posible al régimen abierto del artículo 45, decidiendo la posibilidad de salidas al exterior y de los permisos fin de semana, así como pudiendo exigir que el interno vaya acompañado por personas que merezcan confianza, funcionarios de instituciones penitenciarias, asistentes sociales o miembros de asociaciones o instituciones públicas o privadas que se ocupen de la resocialización de los reclusos.

El principal objetivo de la actuación penitenciaria en los casos a que se refiere el párrafo anterior, es ayudar al interno a que, por sí mismo o por medio de otras personas u organismos, inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, iniciar los contactos con alguna

asociación o institución pública o privada de protección y tutela para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad. Si con posterioridad concurrieran las condiciones pertinentes, el interno disfrutará del régimen regulado en el artículo 45.

3. Serán destinados a establecimientos de régimen cerrado o a departamentos especiales los penados clasificados en primer grado de tratamiento. Esta clasificación sólo podrá ser aplicada a penados calificados de peligrosidad extrema o a aquellos cuya conducta sea de manifiesta inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. La peligrosidad o inadaptación a que se refiere este apartado han de ser apreciadas por causas objetivas en resolución motivada. Tales apreciaciones se harán mediante valoración global de factores como: a) pertenencia a organizaciones delictivas; b) participación evidente como inductores o autores de motines, violencias físicas, amenazas o coacciones a funcionarios o internos; c) negativas injustificadas al cumplimiento de órdenes legales de conducciones, asistencia a juicio y diligencias; d) negativas al cumplimiento de sanciones disciplinarias, y e) número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento.

El acuerdo del Centro directivo será comunicado al Juez de vigilancia en plazo no superior a las setenta y dos horas en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado a.j) del artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

La permanencia de los penados en este régimen será revisada cada seis meses como máximo por el equipo técnico del Centro. No obstante, cuando se trate de penados cuya clasificación del primer grado haya sido consecuencia de una regresión de grado, aquel plazo se reducirá a la mitad para la primera revisión.»

«Art. 45. Los establecimientos y secciones de régimen abierto se ajustarán a las siguientes normas:

1. El orden y la disciplina que se han de exigir serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia, que contradigan la confianza que como principio inspiran estas instituciones.

2. Para el destino de los internos a los establecimientos de régimen abierto será necesario instruir a aquéllos de las condiciones y régimen de vida que han de llevar y que manifiesten formalmente que las aceptan voluntariamente y que se comprometen a observarlas.

3. En general, se permitirá a los internos moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y los permisos.

4. La Junta de Régimen y Administración, a propuesta del equipo técnico del Centro, podrá establecer distintas fases o modalidades en el sistema de vida de los internos, según las características de éstos y los grados de control a mantener durante sus salidas al exterior.

5. Bajo la supervisión de los educadores se establecerán los órganos de participación de los internos en el desarrollo de las distintas actividades del establecimiento.

6. Como regla general, en los establecimientos de cumplimiento de ré-

gimen abierto se autorizará el dinero de curso legal y el uso de objetos de valor.

7. En estos establecimientos los internos disfrutarán, como norma general, de permisos de salida de fin de semana.»

Art. 46. El régimen de los establecimientos cerrados y de los departamentos especiales se ajustará a las siguientes normas:

1. Los principios de seguridad, orden y disciplina propios de este tipo de establecimientos, serán debidamente armonizados con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos.

2. Se cuidará especialmente de la observancia puntual del horario, de los cacheos, requisas, recuentos numéricos y del orden en los movimientos de los penados de unas dependencias a otras.

3. Por razones de seguridad, las comunicaciones orales y escritas podrán ser intervenidas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

4. El horario aprobado por la Junta de Régimen, oído previamente el equipo técnico del Centro, abarcará todas las actividades de los internos durante las veinticuatro horas del día y será obligatorio su cumplimiento para todos ellos. Será modificado para adecuarlo a las distintas estaciones del año, de forma que no tengan lugar actos colectivos ni desplazamientos de grupos internos después de que haya desaparecido la luz solar.

5. Los internos serán clasificados según las exigencias del tratamiento, procurando mantener la separación entre los pertenecientes a los distintos grupos. A estos efectos, la Junta de Régimen y Administración, con informe previo del equipo técnico, podrá establecer, dentro del régimen general regulado en este artículo, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos según las características de éstos y los grados de control que sea necesario mantener sobre los mismos, fijando, en cada caso, limitaciones de las actividades en común y del número de internos participantes en las mismas.

6. Las actividades deportivas y recreativas serán programadas y controladas, no permitiéndose la participación de un número de internos que no pueda ser debidamente controlado por los funcionarios de servicio.

7. Los internos podrán recibir un paquete al mes de artículos autorizados, salvo que por razones de seguridad se prive a todos o a alguno de los internos de tal derecho mediante resolución motivada de la Junta de Régimen y Administración, que deberá ser aprobada por el Juez de vigilancia.

Art. 47. Queda sin contenido.

«Art. 90. Las comunicaciones orales a que se refiere el artículo anterior se ajustarán a las siguientes normas:

1. Las Juntas de Régimen fijarán los días de la semana en que puedan comunicar los internos de cada uno de los grupos de clasificación del establecimiento, de forma que tengan, como mínimo, las siguientes comunicaciones a la semana: dos, los detenidos y presos y los penados clasificados en primero y segundo grado, y cuantas permita el horario de trabajo de los penados clasificados en tercer grado.

2. El horario destinado a este servicio será suficiente para permitir una comunicación de veinte minutos de duración como mínimo, evitando la formación en los locutorios de grupos numerosos que dificulten el perfecto entendimiento en la conversación. El número de personas que simultáneamente podrán comunicar con el mismo interno no excederá de cuatro y su control será visual.

3. Los familiares deberán acreditar documentalmente el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares habrán de obtener autorización del director para poder comunicar.

4. Las comunicaciones orales se anotarán en un libro de registro, en el que se harán constar el nombre del interno, el de los visitantes, el domicilio de éstos y la reseña de su documento de identidad.

Art. 91. 1. Cuando las comunicaciones deban ser restringidas en cuanto a las personas o intervenidas a tenor, en ambos casos, de lo previsto en el artículo 51.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el Director del establecimiento, con informe previo del equipo técnico si la razón fuere el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada que se notificará al interno, ya sea detenido, preso o penado. En ambos supuestos se dará cuenta al Juez de vigilancia.

2. En el supuesto de que la comunicación deba ser intervenida, los comunicantes que no vayan a expresarse en castellano o en la lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma, lo advertirán así previamente al Director, quien adoptará las medidas adecuadas para que la comunicación pueda llevarse a efecto.

3. El Jefe de servicios podrá ordenar la suspensión de estas comunicaciones y de las reguladas en el artículo anterior, por propia iniciativa o a propuesta del funcionario encargado de aquéllas, en los siguientes casos:

- a) Cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes pueden estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia y la seguridad del establecimiento, o estén propalando noticias falsas de tal gravedad que perjudiquen al régimen o la seguridad del mismo.
- b) Cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

De la suspensión se dará cuenta inmediata al Director, el cual, si ratifica la medida, deberá, a su vez, dar cuenta al Juez de vigilancia en el mismo día o al siguiente, previa resolución motivada.»

«Art. 105. Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal, así como la participación positiva en las actividades asociativas o de otro tipo que se organicen en el establecimiento, serán estimulados con alguna de las siguientes recompensas:

- a) Propuesta al Juez de vigilancia a efectos de valoración por el mismo en la concesión de beneficios penitenciarios.
- b) Premios en metálico.
- c) Donación de libros y otros instrumentos de participación en actividades culturales y recreativas.
- d) Notas meritorias, con anotación en el expediente personal del interno.

Cualquier otra de carácter análogo a las anteriores que, en compatibilidad con los preceptos reglamentarios, pudiera otorgarse.

«Art. 108. Son faltas muy graves:

- a) Participar en motines, plantes o desórdenes colectivos o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido.
- b) Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos.
- c) Agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos.
- d) La resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en ejercicio legítimo de sus atribuciones.
- e) Intentar, facilitar o consumir la evasión.
- f) Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de elevada cuantía.
- g) La sustracción de materiales o efectos del establecimiento o de las pertenencias de otras personas.
- h) La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la seguridad del establecimiento.
- i) Atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia.

Art. 109. Son faltas graves.

- a) Calumniar, injuriar, insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del artículo anterior, en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.
- b) Desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones o resistirse pasivamente a cumplirlas.
- c) Instigar a otros reclusos a motines, plantes o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos.
- d) Insultar a otros reclusos o maltratarles de obra.
- e) Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas causando daños de escasa cuantía, así como causar en los mismos bienes daños graves por negligencia temeraria.
- f) Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior.
- g) Organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento.
- h) La divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la buena marcha regimental del establecimiento.
- i) La embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause grave perturbación en el establecimiento o por aquéllas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así como el uso de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.

Art. 110. Son faltas leves:

a) Faltar levemente a la consideración debida a las autoridades, funcionarios y personas del apartado b) del artículo 108, en las circunstancias y lugares que en el mismo se expresan.

b) La desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia.

c) Formular reclamaciones sin hacer uso de los cauces establecidos reglamentariamente.

d) Hacer uso abusivo y perjudicial de objetos no prohibidos por las normas de régimen interior.

e) Causar daños graves en las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o en las pertenencias de otras personas por falta de diligencia o cuidado.

f) Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo.»

«Art. 114. Habrá repetición de la infracción, a los efectos establecidos en el artículo 42.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando el interno hubiere cometido con anterioridad otra falta grave o muy grave. En todo caso, será necesaria, en el momento de la comisión de la nueva falta, la existencia de sanción firme y no cancelada por la falta anterior.»

«Art. 116. La Junta de Régimen y Administración es el órgano competente para imponer sanciones, pudiendo decidir y graduar la adecuada dentro de las establecidas para cada tipo de infracción, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos anteriores.

2. Para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves será preceptiva la observancia del procedimiento sancionador regulado en el presente Reglamento. Las sanciones impuestas por faltas leves, en todo caso, deberán notificarse por escrito al interno.

3. Las sanciones podrán ser reducidas por decisión de la Junta de Régimen y Administración de oficio o a propuesta del equipo técnico, y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo se procederá a una nueva calificación o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo.

4. La revisión de sanciones no podrá efectuarse sin autorización del Juez de vigilancia cuando éste haya intervenido en su imposición, sea o no por vía de recurso.

Art. 117. Queda sin contenido.»

Art. 118. Las sanciones impuestas por razón de faltas disciplinarias serán anotadas, una vez que hayan adquirido firmeza, en el expediente personal de los internos.»

«Art. 120. La restitución o reparación de los daños o deterioros materiales causados por las infracciones previstas en este Reglamento, será exigible a sus autores mediante el procedimiento legal correspondiente.

Art. 121. Procederá la recogida o depósito, en su caso, de aquellos efectos o instrumentos que, estando prohibida su introducción o posesión por

las normas de régimen interior del establecimiento, conservaran en su poder o utilizaren los internos, sin haber hecho previa declaración de los mismos para su salida o depósito.

Las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes ocupados se remitirán a la autoridad sanitaria provincial competente, para su análisis y depósito, a disposición de la autoridad judicial correspondiente.

Art. 122. Queda sin contenido.

Art. 123. 1. A los efectos prevenidos en el artículo 45 de la Ley, se consideran medios coercitivos: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas.

2. La utilización de estos medios, sin perjuicio del cumplimiento de las demás exigencias que establece el citado artículo 45 de la Ley Orgánica, será comunicada inmediatamente al Juez de vigilancia, haciendo constar los motivos de la misma.

Art. 124. A los efectos establecidos en el artículo 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se consideran actos de indisciplina grave los comprendidos en cualquiera de los seis primeros supuestos del artículo 108 de este Reglamento.

En los supuestos del apartado 2, d), del artículo 76 de la misma Ley Orgánica, las sanciones de aislamiento, en lo que excedan de catorce días, no serán ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de vigilancia.

Art. 125. 1. Las faltas disciplinarias muy graves y graves prescribirán a los dos meses, y las leves al mes. El término de la prescripción comenzará a correr desde la fecha en que se hubiere cometido la falta.

2. La prescripción quedará interrumpida desde que se hubiere iniciado el procedimiento correspondiente, documentalmente constatable, sin perjuicio de que el plazo vuelva a correr de nuevo si el procedimiento permaneciera paralizado durante dos meses.

3. Las sanciones impuestas por faltas muy graves, graves o leves, prescribirán en los mismos plazos señalados para la infracciones previstas en el número 1 de este artículo. Tales plazos comenzarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que la resolución sancionadora adquiera firmeza administrativa, o desde que se interrumpa el cumplimiento de la sanción si hubiere comenzado.

Art. 126. 1. Serán canceladas de oficio las anotaciones de sanciones disciplinarias que obren en el expediente personal del interno, cuando concurrirán los siguientes requisitos:

a) Transcurso de seis meses para las faltas muy graves, tres meses para las graves y un mes para las leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción.

b) Que durante dichos plazos no haya incurrido el interno en nueva infracción disciplinaria.

2. Cuando fueren dos o más las faltas sancionadas en un mismo acto administrativo o sus plazos de cancelación corrieran simultáneamente, el cómputo se hará de forma conjunta, fijándose como fecha para su inicio la

del cumplimiento de la sanción más reciente y tomándose como duración del plazo el que corresponda a la más grave de las infracciones a cancelar, transcurrido el cual se cancelarán todas las anotaciones pendientes en un sólo acto.

Art. 127. Los plazos de cancelación podrán ser acortados hasta la mitad de su duración si, con posterioridad a la sanción y antes de completarse, el interno obtuviere alguna recompensa.

Art. 128. La cancelación de las faltas situará al interno, desde el punto de vista penitenciario, en igual situación que si no las hubiere cometido.

Art. 129. 1. El Director del Centro, de oficio, por orden superior o mediando parte escrito de funcionario informado por el Jefe de servicios, o, en su caso, en virtud de la información previa a que se refiere el número 2 de este artículo, ordenará la incoación del procedimiento sancionador, pudiendo delegar en uno de los miembros de la Junta de Régimen la formulación por escrito del correspondiente pliego de cargos.

Las denuncias de carácter anónimo no darán lugar a la incoación del procedimiento.

2. A los efectos del debido esclarecimiento de hechos o de posibles responsabilidades de naturaleza disciplinaria, podrá el Director acordar la apertura de una información previa, de la que será instructor el Subdirector del Centro, quien, a resultas de las diligencias practicadas, elevará al ordenante informe para la resolución que proceda.

Cuando un interno formule denuncia de hechos susceptibles de sanción disciplinaria, deberá acordarse siempre la apertura de la información previa.

Art. 130. 1. En el pliego de cargos a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse constar:

a) Si el expediente disciplinario se ha incoado de oficio por orden superior, en virtud de parte escrito de funcionario o a resultas de información previa.

b) Relación circunstanciada de los hechos imputados.

c) Calificación jurídica que a juicio del Director o miembro de la Junta en quien haya delegado, puedan merecer tales hechos, indicando el apartado del artículo del Reglamento en que puedan quedar comprendidos

d) Que el interno dispone de plazo de setenta y dos horas a partir del momento de su recepción, para contestar a tales cargos por escrito, alegando lo que crea oportuno y proponiendo las pruebas que crea convenientes para su defensa. Esto mismo podrá hacerlo verbalmente ante la Junta de Régimen si así lo solicita dentro del citado plazo.

e) La posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente.

f) Fecha y firma del Director o de su delegado.

2. Dentro de los cinco días siguientes a la presentación del pliego de cargos o al transcurso del plazo señalado en el apartado d) del número 1 anterior si no se hubiere presentado aquél, deberá ser oído el interno si así lo hubiere solicitado, y, asimismo, habrán de practicarse las pruebas

propuestas por éste y las que el Director o delegado considere convenientes, recabando, en su caso, los informes del Médico, del equipo técnico u otros que estime necesarios o los que vengan impuestos reglamentariamente en los Centros especiales.

Si alguna prueba propuesta por el interno fuese estimada impertinente o innecesaria por el Director o delegado, lo hará constar así en acuerdo motivado.

Una vez que el interno haya formulado pliego de descargos o haya transcurrido sin formularlo el plazo concedido, practicadas las pruebas oportunas, la Junta de Régimen y Administración en su primera sesión ordinaria o en sesión extraordinaria convocada al efecto adoptará el acuerdo de sobreseer el expediente o de imponer la sanción correspondiente.

4. Dicho acuerdo sancionador deberá contener:

- a) El lugar y la fecha.
- b) El órgano que lo adopta.
- c) El número del expediente disciplinario y breve resumen de los actos procedimentales básicos que le han precedido. En el supuesto de haberse desestimado la práctica de alguna prueba, deberá reflejarse el contenido literal de las motivaciones formuladas en su momento.
- d) Relación circunstanciada de los hechos imputados al interno.
- e) Artículo del Reglamento Penitenciario y apartado del mismo en que se estima comprendida la falta cometida.
- f) Sanción impuesta.
- g) Si el acuerdo se ha tomado por unanimidad o por mayoría, indicando en este último caso si ha habido o no votos particulares.
- h) La firma del Secretario de la Junta de Régimen y Administración con el visto bueno del Director.

5. Contra el acuerdo sobreseyendo el expediente, que será notificado al interno en el mismo día o al siguiente, con entrega de copia literal del mismo, no cabrá recurso alguno.

Art. 131. La notificación del acuerdo sancionador deberá realizarse en el mismo día o al siguiente de ser adoptado, dando lectura íntegra de éste y la cédula que se entregará al interno contendrá los siguientes particulares:

- a) Texto literal o íntegro del acuerdo.
- b) Que contra dicho acuerdo puede interponerse recurso ante el Juez de vigilancia verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito, dentro de los tres días siguientes a la misma, reproduciendo, en su caso, y si lo estima conveniente, la proposición de aquellas pruebas cuya práctica le hubiese sido denegada.
- c) Fecha de la cédula y de su entrega al interno.

Art. 132. 1. El interno, cuando formule recurso por escrito, podrá entregar éste a cualquier funcionario del establecimiento o directamente al Juez de vigilancia o funcionario de dicho Juzgado. Quien lo reciba firmará el duplicado que se le presente, indicando tanto en éste como en el original la hora y fecha de la entrega.

2. En el mismo día, bien de la notificación, si se hubiere interpuesto el recurso en ese momento procedimental, bien de la entrega del escrito al funcionario del establecimiento si fuera dentro del horario de oficina, o al día siguiente si se hubiese efectuado fuera del mismo, el Director remitirá el expediente disciplinario original al Juzgado de Vigilancia, suspendiéndose la efectividad de la sanción con la salvedad contenida en los artículos 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 124 de este Reglamento; lo que llevará a cabo también el Director en el mismo día en que sea requerido por el Juez de vigilancia, en el supuesto de que el recurso haya sido interpuesto ante dicho Juzgado.

3. Las sanciones no recurridas ante el Juez de vigilancia, independientemente de que se hayan cumplido, podrán ser anuladas o disminuidas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuando se aprecie que hubo error o inadecuación al calificar la infracción o cuando la sanción impuesta no se estime ajustada a derecho.»

«Art. 134. 1. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento, formuladas verbalmente o por escrito, pudiendo presentarse en el segundo caso, si así lo prefiere el interesado, en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.

2. Dichas peticiones o quejas podrán plantearse ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda en cualquier momento de la jornada regimental, respetando la formalidad de los actos regimientales comunes o preceptivos, como distribución de comidas, práctica de recuentos, etcétera. No obstante, cuando por la entidad de la petición el interno así lo prefiera, podrá instarse la pertinente audiencia ante el Director o quien reglamentariamente le sustituya, o el Jefe de servicios, en su caso, para que se adopten las medidas oportunas o, si así procediera, se hagan llegar a las autoridades u organismos competentes, sin perjuicio de que dicho órgano pueda recabar los informes o dictámenes que estime oportuno. Si transcurrieren quince días sin que el interno haya recibido contestación a su solicitud o sin que se hayan adoptado las medidas reclamadas, podrá acudir en queja ante el Juez de vigilancia.

3. Los internos, en todo caso, podrán formular las peticiones o quejas a que se refiere el apartado g) del artículo 76.2 de la Ley Orgánica ante el Juez de vigilancia.

4. En los casos de interposición de recursos previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria, su presentación podrá efectuarse por cualquiera de las vías reguladas en el número 1 anterior, acreditándose la entrega mediante el oportuno recibo o con devolución de copia simple debidamente fechada y firmada o sellada por quien recibiere el recurso.»

«Art. 179. Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo técnico del establecimiento. Contra dicha resolución, que deberá ser notificada al interno, éste podrá acudir en queja ante el Juez de vigilancia. También estarán informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas.

En todo caso, se prohíbe la circulación en el interior de los establecimientos de publicaciones pornográficas o que exciten a la violencia, pudiendo autorizarse su lectura individualmente en local bajo control adecuados.»

Art. 266. 1. En los establecimientos de preventivos existirá, al menos, un equipo de observación, integrado por un jurista criminólogo y un psicólogo, funcionarios del Cuerpo Técnico, un asistente social y un educador, encargado del grupo al que pertenezca el interno objeto de estudio. La composición de éste se podrá ampliar con un psiquiatra, igualmente del Cuerpo Técnico, cuando el contingente de internos lo aconseje. Se adscribirán al equipo el número de asistentes sociales y educadores que se estimen necesarios.

2. Para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas la Central de Observación, el equipo de este Centro tendrá, además de los especialistas indicados, un psiquiatra, un endocrinólogo, un sociólogo y un pedagogo.

3. El servicio de observación estará presidido por el Subdirector-Jefe del equipo, que será uno de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias integrante del mismo, desempeñando otro de ellos las funciones de Secretario. Actuará bajo la supervisión y dependencia inmediata del Director del Centro, quien presidirá las sesiones del equipo cuando asista a ellas, siendo preceptiva esta asistencia siempre que hayan de tomarse acuerdos sobre propuestas razonadas de clasificación o libertad condicional.

4. El Subdirector-Jefe del equipo recabará de los funcionarios de la plantilla cuantos conocimientos o datos obtengan sobre los internos observados. En todo caso, serán preceptivos los informes del Médico, de los Jefes de servicios, de los Jefes de departamento al que esté asignado el interno, así como del Profesor de Educación General Básica si el observado asiste a la escuela y del Maestro de taller en que aquél trabaje o del Jefe de la dependencia en que realice alguna actividad laboral.»

«Art. 278. 1. Al Subdirector-Jefe del equipo le corresponden las siguientes funciones:

1. Organizar, impulsar y controlar la actuación de los miembros de los equipos de observación y tratamiento para el mejor cumplimiento de los fines asignados a éstos.

2. Presidir las reuniones de los mismos cuando no asista el Director.

3. Recabar de todos los funcionarios datos relativos a los internos, especialmente los que hagan referencia al comportamiento, para mejor conocimiento de los mismos como base de su clasificación y tratamiento.

4. Facilitar a los Jefes de servicio los datos que obren en los protocolos de los internos que puedan ser orientadores para el trato de cada uno de éstos, y los que puedan afectar a la seguridad del establecimiento o sean de interés para el mantenimiento del orden y la disciplina.

5. Dirigir la actuación de los educadores adscritos a los equipos.

6. Organizar y dirigir la oficina del equipo, cuidando del archivo de los protocolos.

7. Contribuir al mejor desenvolvimiento de los servicios del establecimiento, instruir las informaciones que el Director le encomiende y cumplir cuantas órdenes de él reciba concernientes a su cometido.

8. Estudiar los expedientes personales y protocolos de los internos y rubricar en los mismos las diligencias referentes a clasificación, progresión o regresión de grado y libertad condicional que hayan de ser firmadas por el Director y Subdirector del Centro.

9. Llevar las anotaciones debidas para controlar que las propuestas de clasificación inicial y las de progresión de grado se realicen dentro de los plazos legales y reglamentarios, a partir de la recepción de los testimonios de sentencia o, en su caso, de las órdenes del Centro directivo de clasificación anterior, decidiendo la inclusión de los estudios o casos que procedan en el orden del día de las reuniones del equipo de observación o de tratamiento.

2. La jefatura de los equipos de observación y de tratamiento, en caso de vacante o ausencia del Subdirector-Jefe de los mismos será asumida por un funcionario del Cuerpo Técnico, elegido por los miembros del equipo y, en caso de empate, por el más antiguo de ellos en el Cuerpo Técnico.»

«Art. 281. Al jurista-criminólogo le corresponderá las funciones siguientes:

1. Estudiar toda la información penal, procesal y penitenciaria recibida sobre cada interno, realizando la valoración criminológica necesaria para la clasificación y la programación del tratamiento del mismo, emitiendo los informes propios de su especialidad que ha de presentar a las reuniones del equipo.

2. Asistir como vocal a las reuniones del equipo, participando en sus actuaciones y acuerdos y, una vez que sobre cada caso hayan informado todos los miembros del mismo, hacer la propuesta global del diagnóstico criminológico y, en su caso, de programación del tratamiento; previa la discusión y acuerdo correspondiente, redactar, en un momento posterior, la propuesta razonada de destino o el informe final que se ha de remitir al Centro directivo, redacción que se someterá previamente a la aprobación del Subdirector-Jefe del equipo.

3. Redactar, previa discusión y acuerdo correspondiente del equipo, los informes solicitados por las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y el Centro directivo.

4. Colaborar en la medida posible y del modo que el equipo determiné a la ejecución de los métodos de tratamiento.

5. Informar a los internos acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria, bien por propia iniciativa, cuando lo crea adecuado, bien a petición del interno, así como a los efectos previstos en el artículo 130.1, siempre que sea requerido para ello por el interno y no ostente vocalía en la Junta de Régimen y Administración.

6. Informar al Director de las instancias y recursos cursados o interpuestos por los reclusos con respecto a sus derechos y situaciones jurídicas.

7. Asesorar jurídicamente en general a la Dirección del establecimiento.

8. Cumplir cuantas tareas le encomiende el Director concernientes a sus cometidos.»

«Art. 333 bis. 1. Los funcionarios penitenciarios, por la singularidad de la función, prestarán sus servicios en un régimen horario específico que se ajustará a las siguientes normas:

a) Los Directores, Subdirectores y Administradores, sin perjuicio de la jornada de trabajo que con carácter general se fije para todos los funcionarios de la Administración Civil, realizarán turnos de incidencias cada día, de modo que uno de ellos esté siempre localizable y en disposición de hacerse cargo del establecimiento.

En los días laborables se habilitarán como horas de oficina para el público desde las nueve a las catorce horas.

Los domingos y días festivos habrá un turno de incidencias entre los referidos mandos.

b) Los servicios de oficina y asimilados se cubrirán a tenor del régimen horario fijado con carácter general para toda la Administración, sin perjuicio de que puedan organizarse turnos diarios de mañana y tarde si las necesidades de cada establecimiento así lo exigieran. Igualmente, podrán establecerse turnos para cubrir el servicio en domingo y festivos cuando los cometidos específicos que se desarrollen los hagan necesarios.

c) Los servicios de vigilancia y seguridad interior de los establecimientos se organizarán en tres turnos diarios, de mañana, tarde y noche. El turno de noche no podrá ser obligatoriamente fijo para ningún funcionario.

2. Por necesidades excepcionales y justificadas podrá exigirse a los funcionarios penitenciarios un número mayor de horas de servicio que las exigidas con carácter general a los demás funcionarios, teniendo derecho, en tal caso, a ser compensados con igual número de horas libres en cuanto las necesidades del servicio lo permitan.»

Art. 2.º Los artículos que a continuación se señalan quedarán modificados en la forma siguiente:

«Art. 18. Se suprime el párrafo cuarto.»

«Art. 57. Su párrafo número 1 queda redactado como sigue:

1. El ingreso de los detenidos, presos y penados en los Centros hospitalarios penitenciarios será acordado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, previa propuesta razonada de las Juntas de Régimen y Administración, que elevarán informes médicos en los que conste el diagnóstico de la enfermedad o anomalía que requiera tratamiento.

Del traslado de los detenidos y presos se dará cuenta a la autoridad judicial de que dependan, y al Juez de vigilancia en el caso de los penados.

Cuando existan razones de urgencia, a propuesta del facultativo del establecimiento, el Director ordenará el traslado al Centro hospitalario, dando cuenta a la Junta de Régimen y Administración, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y a las autoridades judiciales a que se hace referencia en el párrafo anterior.

Las autoridades judiciales podrán ordenar el ingreso de los detenidos y presos de cuyas causas entiendan en un Centro hospitalario, debiendo acompañar al mandamiento de ingreso informe del forense o de un facultativo en el que conste las causas por las que procede tratamiento hospitalario.

Tratándose de penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadicción, necesiten de un tratamiento específico, la Dirección General podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de vigilancia y condicionado ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución que le haya de acoger a los controles que establezca el Centro directivo.»

«Art. 243. El párrafo primero del apartado 4 queda redactado de la siguiente forma:

4. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación. Cuando el equipo técnico no considere oportuno proponer a la Dirección General cambio alguno, se notificará tal decisión al interesado. Si el penado así lo solicitara, se remitirá el correspondiente informe al Centro directivo, procediendo éste a pronunciarse sobre el mantenimiento o cambio de grado en acuerdo recurrible ante el Juez de vigilancia. Aquellos plazos se reducirán, en su caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de este Reglamento.»

Art. 244. Se añade al final del apartado 1 el siguiente párrafo:

Siempre que el Centro directivo autorice la constitución de uno de esos grupos, el equipo técnico que esté al frente del mismo asumirá las funciones que vienen atribuidas a la Junta de Régimen y Administración del establecimiento en el artículo 263 de este Reglamento, con exclusión de las previstas en sus dos últimos apartados.»

Art. 267. Se añade una sexta norma:

6.ª Emitir los informes a que hace referencia el artículo 39 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.»

Art. 269. El punto 1 queda redactado así:

1. En los establecimientos de cumplimiento y en los especiales habrá, al menos, un equipo de tratamiento, compuesto por un jurista-criminólogo, un psicólogo, funcionarios del Cuerpo Técnico, un asistente social y un educador, encargado del grupo al que pertenezca el interno objeto de estudio. En los Centros de jóvenes y en los de régimen ordinario formará parte también del equipo un pedagogo, igualmente del Cuerpo Técnico. Se adscribirán al equipo el número de asistentes sociales y educadores que se estimen necesarios, de modo que todos los internos que hayan de recibir tratamiento se integren en grupos de entre 20 y 40, según sus características, atribuyéndose a un educador cada uno de estos grupos.

Art. 269. El número 2 queda redactado así:

2. En los establecimientos de cumplimiento para jóvenes la composición básica del equipo será la indicada en el apartado anterior, pudiendo ampliarse con el número de especialistas que el contingente de internos, la especialidad del tratamiento y la importancia que al mismo se reconoce, requiera. En todo caso, los educadores adscritos al equipo serán suficientes para que los grupos no tengan más de 20 internos.

Art. 269. El número 4 queda redactado así:

4. El servicio de tratamiento estará presidido por el Subdirector-Jefe del equipo, que será uno de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias integrantes del mismo, desempeñando otro de ellos las funciones de Secretario. Actuará bajo la supervisión y dependencia inmediata del Director del establecimiento, quien presidirá las sesiones cuando asista a las mismas, siendo preceptiva esta asistencia siempre que hayan de tomarse acuerdos sobre programación de cada tratamiento individual, asignación inicial, progresión o regresión de grado e iniciaciones o elevaciones de libertad condicional.»

«Art. 270. Se añade una norma 9.ª:

9.ª Emitir los informes que hace referencia el artículo 39 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.»

«Art. 275. El número 4 queda redactado así:

4. Los acuerdos de las Juntas de Régimen y Administración podrán ser revocados o anulados por el Centro directivo, salvo cuando el Juez de vigilancia se halle interviniendo o haya resuelto con relación a los mismos. El Presidente deberá suspender la ejecución de aquellos acuerdos de la Junta de Régimen y Administración que estime gravemente perjudiciales para el régimen del establecimiento o puedan ser contrarios a la Ley, al Reglamento o a las Ordenes e Instrucciones del Centro directivo, dando cuenta en el acto a éste para la resolución que proceda.»

Art. 276. La norma 6.ª del número 2 queda redactada así:

6.ª Convocar y presidir la Junta de Régimen y Administración, así como el equipo de observación o de tratamiento, ejecutar sus acuerdos o suspenderlos en los supuestos previstos en el número 4 del artículo anterior.»

«Art. 277. La norma 8.ª queda redactada así:

8.ª Será, asimismo, el responsable de los servicios de observación o de tratamiento en los establecimientos penitenciarios en que no haya equipo técnico. Si existiese un funcionario del Cuerpo Técnico asesorará al Subdirector en estos servicios.»

«Art. 296. El párrafo primero queda redactado así:

Los educadores, funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias con una capacitación específica para tal función, como colaboradores directos e inmediatos de los equipos de observación y de tratamiento, realizarán las tareas complementarias que con respecto a observación y tratamiento se señale en cada caso, especialmente las siguientes:

«Art. 317. El apartado a) queda redactado así:

a) Confeccionar las relaciones de personas que soliciten comunicar, comprobando que reúnen las condiciones para poder hacerlo.»

«Art. 317. El apartado c) queda redactado así:

c) Vigilar la celebración de comunicaciones, interviniéndolas en los casos previstos por las disposiciones legales y reglamentarias, y proponer la suspensión al Jefe de servicios, cuando proceda con arreglo a las citadas normas.»

«Art. 394. Se añade un nuevo apartado c) pasando el actual c) a d):

c) A la adquisición de periódicos y revistas con destino a la biblioteca o salas de lectura del establecimiento.

d) A la concesión de premios en metálico para los internos que se hagan acreedores a dichas recompensas.»

Art. 3.º La disposición transitoria segunda, apartado a), queda redactada de la forma siguiente:

«a) Los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, relativos a redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia de los dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, texto refundido publicado por Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, debiendo entenderse que las competencias atribuidas en dichos artículos al Patronato de Nuestra Señora de la Merced, corresponden a los Jueces de vigilancia. En cualquier caso, dicha redención de penas por el trabajo será incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 de este Reglamento.»

El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a excepción del régimen horario previsto en el artículo 333 bis, cuya implantación deberá llevarse a cabo por la Administración Penitenciaria dentro del plazo de cuatro meses, contados a partir de la entrada en vigor antes señalada.

Dado en Madrid, a 28 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,
FERNANDO LEDESMA BARTRET

II. DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

RECURSO previo de inconstitucionalidad número 800/83, promovido por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código penal (). («B. O. E.», núm. 295, de 10 de diciembre de 1983.)*

El Tribunal Constitucional, por providencia de fecha 5 de diciembre corriente, ha acordado tener por presentado escrito de don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados, por el que se interpone recurso previo de inconstitucionalidad, que ha sido registrado bajo el número 800/

(*) El texto del artículo 417 bis aparece recogido en *ADPCP*, fascículo II, 1983, pág. 388.

83, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código penal, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, suspende automáticamente la tramitación del Proyecto de Ley objeto del recurso, en los términos establecidos en dicho precepto.

Lo que se publica para general conocimiento.

Madrid, 5 de diciembre de 1983.—El Presidente del Tribunal Constitucional, Manuel García-Pelayo y Alonso.

LEY ORGANICA 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. («B. O. E.», núm. 74, de 27 de marzo.)

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

Artículo primero

Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos.

Artículo segundo

El derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancia de su fecha y de su recepción.

La rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario.

Artículo tercero

Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquélla en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas.

Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicará ésta en el número siguiente.

Si la noticia o información que se rectifica se difundió en espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la periodicidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el rectificante que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo.

La publicación o difusión de la rectificación será siempre gratuita.

Artículo cuarto

Si, en los plazos señalados en el artículo anterior, no se hubiera publicado o divulgado la rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquélla no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación.

Artículo quinto

La acción se ejercitará mediante escrito, sin necesidad de Abogado ni Procurador, acompañando la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo señalado; se presentará igualmente la información rectificada si se difundió por escrito; y, en otro caso, reproducción o descripción de la misma tan fiel como sea posible.

El Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda si se considera incompetente o estima la rectificación manifiestamente improcedente. En otro caso convocará al rectificante, al director del Medio de Comunicación o a sus representante a juicio verbal, que se celebrará dentro de los siete días siguientes al de la petición. La convocatoria se hará telegráficamente, sin perjuicio de la urgente remisión, por cualquier otro medio, de la copia de la demanda a la parte demandada.

Cuando el Juez de Primera Instancia hubiese declarado su incompetencia podrá el perjudicado acudir al órgano competente dentro de los siete días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la correspondiente resolución, en la cual se deberá expresar el órgano al que corresponda el conocimiento del asunto.

Artículo sexto

El juicio se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales, con las siguientes modificaciones.

a) El Juez podrá reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita.

b) Sólo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto.

c) La sentencia se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio.

El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en el artículo 3.º de esta Ley, con-

tados desde la notificación de la sentencia que impondrá el pago de las costas a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados.

La sentencia estimatoria de la petición de rectificación deberá cumplirse en sus propios términos.

El objeto de este proceso es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos.

Artículo séptimo

No será necesaria la reclamación gubernativa previa cuando la información que se desea rectificar se haya publicado o difundido en un medio de comunicación de titularidad pública.

Artículo octavo

No serán susceptibles de recurso alguno las resoluciones que dicte el Juez en este proceso, salvo el auto al que se refiere el párrafo segundo del artículo 4.º bis, que será apelable en ambos efectos, y la sentencia, que lo será en un solo efecto, dentro de los tres y cinco días siguientes, respectivamente, al de su notificación, conforme a lo dispuesto en las secciones primera y tercera del Título sexto del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La apelación contra el auto a que se refiere el artículo 4.º bis se sustanciará sin audiencia del demandado.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos 58 a 62 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo; el artículo 25 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, sobre el Estatuto de la Radio y la Televisión; los Decretos 745/1966, de 31 de marzo, y 746/1966, de la misma fecha, y el número 1 del artículo 566 del Código penal, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LEY 4/1984, de 9 de marzo, por la que se modifica el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («B. O. E.», núm. 62, de 13 de marzo.)

JUAN CARLOS I,
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

El notable incremento que en los últimos tiempos han experimentado las piezas de convicción intervenidas por la autoridad judicial, singularmente drogas y explosivos, y los gravísimos problemas de todo orden que está planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia, puestas reiteradamente de manifiesto, hacen de todo punto necesario la modificación del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, sin hacer distinción de clase alguna, ordena taxativamente la conservación de los instrumentos, armas y efectos del delito, con todos los peligros que comporta una tal indiscriminación.

La expresada modificación se concreta en la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde, previas las audiencias que se establecen, la destrucción de aquellos efectos cuya conservación lleva implícita un peligro real o potencial, advirtiendo que la especial prevención de dejar muestras suficientes y expresa constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad y valoración, en su caso, de las piezas destruidas, garantizarán en todo caso el buen fin del proceso penal, sin menoscabo de las garantías del inculpado.

Artículo único

El artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los siguientes términos:

«Los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Sin embargo, podrá decretarse su destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia. Antes de decretarse la destrucción, se dará audiencia al Ministerio fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.

Si los objetos no pudieren, por su naturaleza, conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime conveniente para conservarlos del mejor modo posible y, si fueren percederos, podrá ordenar su venta con las garantías que procedan, atendiendo su valor y depositando su importe a resultas de la causa.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 9 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY ORGANICA 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
(«B. O. E.», núm. 310, de 28 de diciembre.)

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

Artículo único

Los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tendrán el siguiente contenido:

«Artículo 520.

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
- d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
- f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

3. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2 d) a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

4. La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogados y comunicarán en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo; no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio.

Si transcurrido el plazo de ocho horas la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciese injustificadamente Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados.

5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico.

6. La asistencia del Abogado consistirá en:

- a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.»

«Artículo 527.

El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:

a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.

b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2.

c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6.»

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 12 de diciembre de 1983.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY ORGANICA 12/1983, de 16 de noviembre, de modificación de competencias de la Audiencia Nacional. («B. O. E.», número 283, de 26 de noviembre).

EXPOSICION DE MOTIVOS

Razones de técnica jurídica y procesal hacen necesaria y urgente, anticipando en este aspecto la reforma orgánica de la Administración de Justicia, rectificar las competencias de la Audiencia Nacional en materia penal, limitándolas a aquellos delitos más concordantes a las razones que dieron lugar a su creación; por ello se modifican los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 4.º del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, suprimiendo su competencia para los delitos de desacato de los artículos 240, 241 y 244 del Código penal, recogidos en el apartado a) y los de escándalo público, del apartado c). Asimismo se actualiza la referencia a los delitos sobre control de cambios y se amplía al territorio de la Audiencia Territorial la referencia que en el

apartado b) se hacía al de la Audiencia Provincial. Igualmente se modifica, remitiéndolas a lo dispuesto al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la regulación de las cuestiones y competencias que se susciten entre Jueces y Tribunales y Audiencia Nacional.

Artículo primero

1. Los apartados a), b), c) y e) del párrafo 1 del artículo 4.º del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, quedarán redactados de la siguiente forma:

«a) Los de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco y los de tráfico monetario comprendidos en los artículos 283 a 290 del Código penal y en la legislación sobre régimen jurídico de control de cambios, y los comprendidos en el capítulo I, título II, del Libro II del Código penal.

b) Los comprendidos en los capítulos IV y V del título XIII del libro II del Código penal, que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional, así como los mismos delitos si se cometen mediante operaciones sobre terrenos o viviendas o a través de Sociedades o Entidades de inversión o financiación, siempre que unos y otros produzcan o puedan producir perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en territorios de más de una Audiencia Territorial.

c) Los de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, corrupción y prostitución, siempre que cualquiera de ellos sea cometido por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Territoriales.

e) Los cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes y Tratados internacionales corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.»

2. El párrafo 3 del artículo 4.º del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, quedará redactado en los siguientes términos:

«3 La Audiencia Nacional, en el orden judicial penal, conocerá además de los asuntos siguientes:

a) De los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiere tenido lugar el arresto del presunto extradicto.

b) De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuestas por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un Tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

c) De las cuestiones de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratado internacional de los que España sea parte.

d) De los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.»

Artículo segundo

El artículo 5.º del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, quedará redactado como sigue:

«Las cuestiones que se susciten entre Jueces, Tribunales y Audiencia Nacional se sustanciarán con arreglo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás normas de general aplicación.»

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al siguiente día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

DISPOSICION TRANSITORIA

Las causas instruidas por delitos de los que, en virtud de la presente Ley, dejen de conocer la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los Jueces centrales de Instrucción, y en las que no se hubiere celebrado el juicio oral serán remitidos por una y otros a las Audiencias Provinciales o a los Jueces de Instrucción, respectivamente, que fueren competentes conforme a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados el artículo 1.º del Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, así como cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 16 de noviembre de 1983.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

IV CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ACUERDO de 26 de octubre de 1983, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales. («B. O. E.», núm. 276, 18 de noviembre de 1983.)

La importancia que, por naturaleza, tiene la función de Vigilancia Penitenciaria justifica cualquier decisión que tienda a su posible mejora, aspiración que debe constituir objetivo permanente. En la actualidad, la atribución de competencias en dicha materia está regulada por el Acuerdo del Pleno de este Consejo de 9 de julio de 1981.

La experiencia obtenida desde su entrada en vigor pone de relieve la necesidad de efectuar una nueva atribución de las referidas competencias para conseguir un acercamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria a los establecimientos sobre cuyos reclusos han de recaer sus funciones, una adecuación de la distribución a las características geográficas, medios de comunicación y promedio del número de internos existentes en cada Centro y una mejor atención al servicio, al evitar la incidencia que la referida labor tiene en la función jurisdiccional en algunos órganos que la desempeñan y para los que supone una sobrecarga en el índice de actividad, que genera no pocas dificultades.

Por las mencionadas razones, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto número 1201/1981, de 8 de mayo, y hasta tanto se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Consejo General en su reunión del día de la fecha, en uso de las facultades que le confiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, ha acordado:

Primero.—Atribuir la condición de Juez de Vigilancia Penitenciaria a las autoridades Judiciales que a continuación se relacionan.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en los territorios de las Audiencias Territoriales de La Coruña, Palma de Mallorca, Valencia y Valladolid, a los titulares de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sedes en las respectivas capitales y con competencia en el territorio de la Audiencia.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Oviedo, a un Magistrado de la Audiencia Territorial de Oviedo.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Burgos y La Rioja, a un Magistrado de la Audiencia Territorial de Burgos.

Para los establecimientos penitenciarios situados en el territorio de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, con excepción de los sitos en la Isla de Tenerife, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Las Palmas de Gran Canaria.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la Isla de Tenerife, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Para los establecimientos penitenciarios situados en el territorio de la Audiencia Territorial de Barcelona, con excepción de los sitos en la provincia de Lérida, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social número 1 con sede en Barcelona, cuyo funcionario quedará relevado de toda otra función, atribuyéndole la de Peligrosidad y Rehabilitación Social al titular del Juzgado número 2.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Lérida, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Lérida.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Granada, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Málaga.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Albacete y Cuenca, a un Magistrado de la Audiencia Territorial de Albacete.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Ciudad Real, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Murcia, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Murcia.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Cáceres, a un Magistrado de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Badajoz, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Badajoz.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Madrid, Segovia, Guadalajara y Avila, a los titulares de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social número 1 y 2 con sede en Madrid.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Vizcaya, Alava y Guipúzcoa, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Bilbao.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Cantabria, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Santander.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Zaragoza, Huesca, Teruel, Navarra y Soria, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Zaragoza.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Sevilla, Córdoba y Huelva, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Sevilla.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Cádiz, excepto el de Ceuta, a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Para el establecimiento penitenciario sito en Ceuta, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de la misma localidad.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Toledo, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ocaña (Toledo).

Segundo.—La designación de los Magistrados de las Audiencias Territoriales de Albacete, Burgos, Cáceres y Oviedo y de las Audiencias Provinciales de Badajoz, Cádiz, Ciudad Real, Lérida, Murcia, Santa Cruz de Tenerife y Santander, a los que haya de atribuirse la condición de Juez de Vigilancia Penitenciaria, se hará por el Consejo General del Poder Judicial apreciando discrecional y libremente las circunstancias concurrentes. El mismo sistema regirá la designación de los Secretarios cuando haya más de uno en la respectiva Audiencia.

Tercero.—Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Albacete, número 3 de Badajoz y el de San Fernando harán entrega del archivo y asuntos en trámite correspondientes a la materia de Vigilancia Penitenciaria a los Magistrados que asumen la competencia de la misma, lo que se hará constar en Acta detallada.

Cuarto.—El presente Acuerdo entrará en vigor el día 15 de diciembre de 1983.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el Acuerdo de este Consejo General del Poder Judicial de 9 de julio de 1981 en cuanto se oponga a lo dispuesto en el presente.

Madrid, 26 de octubre de 1983.—El Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Federico Carlos Sainz de Robles Rodríguez.

Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado

INTERVENCION DE LOS ASEGURADORES VOLUNTARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROCESO PENAL: LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL PARA EJERCITAR LA ACCION CIVIL

—Consulta núm. 2/1983, de 7 de febrero—

I

No resulta infrecuente en la práctica que junto al seguro obligatorio de responsabilidad civil se concierten pólizas complementarias de seguro obligatorio, en la misma o distintas compañías, que garantizan por una cantidad mayor o incluso ilimitadamente, la responsabilidad por daños causados a terceras personas con motivo de accidentes de circulación imputables penal o civilmente al asegurado. Producido el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, surge la responsabilidad u obligación del asegurador de indemnizar el daño causado cuyo cumplimiento, a falta de acuerdo privado, sólo se conseguirá en vía judicial. Es precisamente en el ámbito del orden judicial penal en donde se han suscitado muy variadas cuestiones relacionadas con el seguro de responsabilidad civil, y en él está también situado el tema objeto de consulta, que bajo la rúbrica de la intervención en el proceso penal del asegurador voluntario de responsabilidad civil, llega a las siguientes conclusiones: el asegurador voluntario debe participar en el proceso penal, pero no sólo cuando ejercite la acción civil el perjudicado, sino también cuando el Ministerio Fiscal provoque la condición de parte tratando de conseguir su condena en dicho proceso. Como argumentos expone, en síntesis, los siguientes:

— Si tanto el seguro obligatorio como el voluntario tienen como uno de sus principales fines el dar protección al perjudicado, no cabe duda de que si no se da entrada en el proceso penal al asegurador voluntario, la referida protección si no se anula si se disminuye considerablemente.

— Si bien la consulta de la Fiscalía General del Estado 7/1978 expresaba que la fianza que debe instar el Ministerio Fiscal para garantizar las responsabilidades civiles se constreñirá a la cubierta por el seguro obligatorio, correspondiendo únicamente al perjudicado el ejercicio de la acción contra el asegurador voluntario, tal declaración estaba fundada en la orientación jurisprudencial entonces imperante y hoy superada.

— Los principios procesales de economía y armonía. Conforme al primero en un solo proceso, el penal, de tramitación normalmente más rápida, se pueden resolver las cuestiones civiles sin tener que acudir a esta vía una vez concluido el juicio penal. Por el principio de armonía, como dice la sentencia de 20 de abril de 1981, se evita una dispersión de cuestiones de etiología común, teniendo, como es lógico, que acomodarse el Tribunal de lo penal a las normas reguladoras del contrato de seguro de que se trate.

II

Formalmente la sentencia que condene a indemnizar al asegurador voluntario de responsabilidad civil, sólo será válida si en la fase oportuna del proceso penal han concurrido estas circunstancias: ejercicio de la acción civil por quienes se hallen legalmente legitimados y que los destinatarios de ella hayan tenido la posibilidad de hacer valer sus correlativos derechos de personación y defensa. Esta congruencia externa entre proceso y sentencia se logrará cuando a la acción dirigida contra la entidad aseguradora haya seguido su declaración como tercero responsable capaz de legitimarla como parte civil pasiva. Con estos límites se está afirmando que actualmente el proceso penal es marco hábil para que en él se inserten las eventuales acciones que procedan contra el asegurador voluntario de responsabilidad civil automovilística cuando con ellas se pretenda la condena a la indemnización debida por el asegurado responsable. Pero no siempre ha sido éste el criterio sustentado por la jurisprudencia.

1. Como recuerda la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981, en otras ocasiones se había declarado que los aseguradores voluntarios en el seguro de responsabilidad civil por daños a terceros producidos como consecuencia de la circulación, ni como acusadores particulares ni como obligados a resarcir están legitimados para intervenir en el proceso penal; la razón aducida era que generándose tanto su derecho como su responsabilidad *ex contractu* y no *ex delicto*, debe ser por cauce extracriminal —dentro del proceso civil correspondiente— como podrán efectuar reclamaciones fundadas en el oportuno contrato de seguro o como se les podrá exigir el cumplimiento de deberes de resarcimiento asumidos y contraídos en el referido contrato; las acciones correspondientes podrán ejercitarse bien de modo directo si quien reclama es el asegurado o a través de la acción subrogatoria cuando quien reclama es la víctima, sus herederos o parientes próximos, amparándose en el artículo 1.111 del Código civil y en el principio de derecho *debitor debitoris debitor meus est*. En el sentido aludido, entre otras, las sentencias de 2 de mayo de 1966, 17 junio 1969, 20 marzo 1970, 15 junio 1971, 17 abril 1972 y 28 noviembre 1974. Todavía la sentencia de 26 de junio de 1979 señalaba que como la obligación de indemnizar que incumbe a las compañías aseguradoras de responsabilidad civil fuera del seguro obligatorio nace *ex contractu*, al perjudicado no le corresponde otra acción frente al asegurador que la oblicua que podrá ejercitar como acreedor del acreedor del asegurado, todo lo cual es materia extraña al proceso penal por cuya razón el asegurador voluntario no puede ser parte en este proceso. Esta tesis restrictiva se amparaba fundamental-

mente en el último párrafo de la regla 5.ª del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se proscribe cualquier intervención en el proceso penal de las compañías aseguradoras que no sea la del afianzamiento de las responsabilidades civiles.

2. Con la fundamental sentencia de 7 de mayo de 1975 se da un giro radical a la anterior doctrina, pues en ella se reconoce el carácter de terceros responsables incluidos en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los aseguradores voluntarios. Esta cualidad deriva de que al perjudicado se le atribuye la titularidad de una acción directa contra el asegurador voluntario, no obstante carecer de la condición de parte en la relación jurídica de seguro.

Mas se alegan también otro tipo de razones. Unas son prácticas, ya que con tal acción, viene a decirse, se beneficia la economía procesal penal y se evita la duplicidad jurisdiccional dilatoria; y otras, jurídico-civiles y de armonización jurisdiccional con la doctrina elaborada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de la acción directa contra el asegurador voluntario en el contrato de seguro (Sentencias de 23 de junio de 1930, 18 de febrero de 1967, 14 de octubre de 1969, 7 de noviembre de 1975 y 30 de junio de 1977) en virtud de la solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador respecto al perjudicado acreedor, doctrina ésta que trasciende al campo del Derecho penal en la responsabilidad civil dimanante del delito de que es responsable el tomador del seguro o sus subordinados, y por tanto el perjudicado tiene acción directa contra la aseguradora para hacer efectivo su derecho de indemnización (Sentencia de 22 de noviembre de 1982).

La acción civil del perjudicado o sus herederos que da entrada en el proceso penal al asegurador voluntario como tercero civil responsable procesalmente, se construye sobre los principios de rogación (artículos 100, 108, 110 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y bilateralidad de la audiencia (*nemo damnetur sine auditur*), acogido en el artículo 24 de la Constitución y expresado también en los artículos 850.2.º, 851.4.º y 854 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a través de ella podrá condenarse por vía complementaria del seguro obligatorio a la entidad aseguradora que suscribió además una póliza de seguro voluntario, pero siempre que esté legitimada pasivamente por habérsela declarado responsable civil en los términos del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La dirección que inició la sentencia de 7 de mayo de 1975 está confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1977, 14 de junio de 1977, 7 de abril de 1980, 27 de junio de 1980, 20 de abril de 1981, 3 de julio de 1981, 26 de diciembre de 1981, 18 de febrero de 1982 y 22 de noviembre de 1982, entre otras. Y cuenta también con el apoyo de la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977, por la que se aprueba, con carácter uniforme, la póliza del seguro voluntario de automóviles; su artículo 34 se refiere como una de las modalidades del seguro voluntario de automóviles, a la del que ampará la responsabilidad civil suplementaria, y a cuyo tenor la entidad aseguradora garantiza el pago de las indemnizaciones que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 a 1.910 del Código civil y el 19 del Código penal, se impongan al asegurado o al conductor autorizado y legalmente habilitado, cita

legal que, como dice el Tribunal Supremo, expresamente confirma la asunción por el asegurador de la responsabilidad civil no sólo por culpa extracontractual, sino también por razón de delitos, siempre que la indemnización exceda del seguro obligatorio (Sentencias de 21 de mayo de 1977, 14 de junio de 1977, 27 de junio de 1980 y 26 de diciembre de 1981).

Esta corriente jurisprudencial cuenta con una confirmación legal expresa. En efecto, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal contra el asegurador voluntario tiene ahora su apoyo —como reconocen las Sentencias de 3 de julio de 1981 y 18 de febrero de 1982— en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, que concede al perjudicado o a sus herederos acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; esta acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y sólo en los supuestos de que se haya extinguido el contrato de seguro al tiempo de la producción del siniestro o de culpa exclusiva del perjudicado, el asegurador podrá oponer excepciones al tercero accionante en vía directa, con lo que se extiende al seguro voluntario el régimen del seguro obligatorio. Han desaparecido, pues, los obstáculos que podrían oponerse al ejercicio directo de la acción del perjudicado contra el asegurador y los argumentos determinantes de que la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo no mantuviera una línea interpretativa única.

III

La acción directa contra el asegurador voluntario supone para el perjudicado por un *quantum* excedente de la cobertura máxima del seguro obligatorio, la posibilidad de obtener una indemnización reparadora íntegra. Tal acción se desenvuelve en el proceso penal sólo a instancia de sus titulares, siendo anulable la sentencia en que el Tribunal *ex officio* haya concedido efectividad a las no ejercitadas (Sentencia de 7 de mayo de 1975). Quién tiene derecho a la reparación es el titular del interés lesionado por el acto punible y está, al propio tiempo, legitimado para exigir responsabilidad civil en vía penal, ya sea como acusador particular o simplemente como actor civil. Estas posiciones pueden ocuparlas también sus herederos legítimos, dado que la pretensión indemnizatoria es transmisible por herencia (artículo 105 del Código penal). Pero, ¿el Ministerio Fiscal está investido de la facultad de ejercitar esa acción nacida del seguro voluntario, capaz de dar entrada en el procedimiento al asegurador como tercero responsable civil? El ejercicio de la acción no es exclusivo del perjudicado y sus causahabientes. Si no se ha extinguido por renuncia expresa (artículo 106 de la Ley Enjuiciamiento Criminal), no ha mediado reserva para su ejercicio fuera del proceso penal (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y no se ha resuelto sobre ella previamente en el orden civil, el Ministerio Fiscal está plenamente legitimado para promover el ejercicio de la acción directa derivada del seguro voluntario de responsabilidad civil, porque ejercitada la acción penal se entiende utilizada también la acción

civil (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y no sólo la acción civil propiamente *ex delicto* —la acumulable legalmente a la pena—, sino cualesquiera otra acción general de la que sea titular el perjudicado y esté encaminada a obtener el resarcimiento de sus perjuicios, porque todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil pueden ser deducidas en juicio a tenor del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, siempre que de la acción punible se haya seguido un perjuicio cierto y real, el Ministerio Fiscal hará valer en el proceso los derechos de las víctimas a obtener la reparación. Por lo demás, esta actividad o función procesal sustitutoria impuesta por imperativo legal (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al tiempo que suple la inacción del titular directo le atribuye la plenitud de efectos patrimoniales si la pretensión de indemnización no ha perdido su vigencia; y es acorde con la obligación del Estado de procurar el total resarcimiento de la víctima, sin imponer a ésta la carga procesal de instar por sus medios privados el resarcimiento. La tesis de que el Ministerio Fiscal debe ejercitar esta acción ha sido aceptada por el Tribunal Supremo. Por un lado, declara que una de las condiciones que requiere la efectividad de las responsabilidades civiles directas que asumen las Compañías de seguros, es la acción o pretensión del Ministerio Fiscal o del perjudicado, cuya inactividad, sin embargo, no puede ser suplida por el Tribunal al tratarse de materia civil sometida al principio de rogación o de impulso de parte (Sentencia de 3 de julio de 1981). Y por otro, sostiene que cuando cualquiera de las partes, bien el Ministerio Fiscal o el perjudicado, ejercitarse la acción civil desbordando los límites del seguro obligatorio, la aseguradora tiene derecho a ser parte legítima en el proceso para la defensa de sus intereses (Sentencia de 22 de noviembre de 1982).

IV

Destinatarios o titulares pasivos de la acción civil son los aseguradores voluntarios en concepto de seguro complementario del obligatorio, que así se situarán legítimamente en el ámbito del proceso penal en el que ocupan el *status* de terceros civiles responsables directos; indudablemente su condición no es la de responsables subsidiarios porque la acción ejercitada es directa y no subsidiaria o condicionada a eventuales situaciones patrimoniales del imputado o del responsable civil subsidiario. Por otra parte, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria, es imprescindible la preexistencia de otra responsabilidad civil de primer grado a la que aquélla venga a sustituir, y esto no acontece con la responsabilidad del asegurador voluntario por cuanto es solidaria con la del tomador del seguro. A pesar de ello el cauce para obtener tal declaración será el previsto en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues como observa la sentencia de 21 de mayo de 1977, aunque tal norma sólo aluda expresa o implícitamente a los artículos 21, 22 y 108 del Código penal, nada se opone a que sea decretada dicha especie de responsabilidad civil de terceros y aplicada por analogía en virtud de otros preceptos, tratándose como se trata de

responsabilidad civil *ex delicto* imputable a terceras personas. Sólo median-do esa declaración tienen las empresas aseguradoras la posibilidad de constituirse como partes en el proceso penal y ejercitar los derechos y acciones correspondientes a su cualidad procesal (proponer pruebas, escritos de conclusión, participación en los debates), lo que, por otra parte, es *condictio* de la condena a indemnizar como responsable directo y solidario con el procesado-asegurado. Como dice el Tribunal Supremo, si se ejercita la acción directa contra los aseguradores voluntarios en el proceso penal hay que darles entrada como terceros responsables civiles (Sentencia de 27 de junio de 1980), pues para una condena válida es necesario que se hayan incorporado como partes al proceso mediante el expediente de extender el concepto de tercero civil del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al responsable directo, de acuerdo con el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y en cumplimiento de las garantías procesales que toda persona ha de tener para la defensa de sus derechos conforme se determina en el artículo 24 de la Constitución (Sentencia de 86 de diciembre de 1981; en la misma línea las de 27 de mayo y 14 de junio de 1977). Es de notar, por último, que el Proyecto de Código penal de 1980 atribuye el carácter de responsables civiles a las Compañías aseguradoras (artículo 118), lo que lleva implícita necesariamente su condición de parte en el proceso penal.

En definitiva, el tema que se pondera debe ser resuelto en el sentido que se propone en el meritorio análisis jurídico que representa la Consulta, por lo que partiendo de los principios procesales de rogación y bilateralidad de la audiencia, son válidas las siguientes conclusiones:

1.ª Para la efectividad de la indemnización derivada del seguro voluntario de responsabilidad civil automovilística o de cualquiera otro que implique la cobertura de un riesgo producido «*ex delicto*», nace una acción directa contra la entidad aseguradora, para cuyo ejercicio están legitimados, en el marco del proceso penal, tanto los perjudicados y sus herederos como el Ministerio Fiscal.

2.ª Como el contenido indemnizatorio de las sentencias que condenan a resarcir a las Compañías aseguradoras sólo será válido si éstas han sido partes en el proceso en concepto de terceros civiles responsables directos, en los términos del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal, cuando advierta que concurren las circunstancias a que se subordinan los efectos del seguro voluntario, en su condición de actor civil, promoverá las acciones oportunas para constituir en parte real a las referidas compañías y exigirles la indemnización excedente del seguro obligatorio.

REVOCACION DE LA CONDENA CONDICIONAL FACULTATIVA: INTERPRETACION DEL ARTICULO 14 DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1908

—Consulta núm. 3/1983, de 22 de abril—

I

La consulta tiene como antecedente un hecho que materialmente es muy simple: A una persona se le conceden los beneficios de la suspensión de condena y llegado el momento de resolver sobre la remisión definitiva, con la preceptiva aportación de la hoja histórico-penal, se comprueba que durante el período de suspensión fue dictada contra ella sentencia condenatoria por delito cometido con anterioridad el plazo de suspensión.

Interesado por el Ministerio Fiscal el cese de la situación de suspensión de condena, tal petición no fue atendida por la Sala, porque «si bien es cierto que el penado cuya condena fue suspendida condicionalmente en su ejecución, fue condenado con posterioridad a tal suspensión, tal condena se impuso por hechos cometidos con anterioridad, de donde se deduce que no se está en el caso a que se refiere el artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, cuya *ratio legis* consiste en que el penado beneficiado con la suspensión de condena no realice nuevos actos delictivos a partir del momento en que se le comunica, en acto solemne, la concesión beneficial *sub conditione*», agregándose después en el auto resolutorio del recurso interpuesto, que el espíritu del artículo 14 de la referida Ley «pretende la reinserción social del delincuente mediante una condición potestativa, cual es la de no delinquir en el período al que se refiere la condición, pues otra interpretación llevaría al absurdo de tener que cumplir por causa de un hecho anterior a la concesión de estos beneficios».

La solución dada por la Sala al supuesto de hecho tras el análisis jurídico del artículo 14 de la Ley de condena condicional, ha determinado que, en el seno de esa Fiscalía, se mantengan dos actitudes cuya armonización no ha sido posible. En opinión de la mayoría, si durante el plazo de suspensión recae una sentencia condenatoria por delito, debe dejarse sin efecto la condena condicional y cumplir la pena; este criterio se apoya en la literalidad del párrafo primero del artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, conforme al cual se ejecutará el fallo en suspenso cuando el sometido a condena condicional «fuese de nuevo sentenciado por otro delito», pues si ha sido sentenciado por otro delito, se agrega, esto está demostrando que no es delincuente primario. La otra tesis sostiene que si el fundamento de la institución está en dar una oportunidad al penado, esto no ocurrirá si el hecho por el que fue últimamente sentenciado lo había cometido antes de que se le notificara la concesión de la condena condicional; de ahí que para dejarla sin efecto no es suficiente que la sentencia se haya dictado en el plazo de suspensión, sino que habrá de completarse con que el hecho, motivo de la segunda condena, lo hubiera cometido precisamente en el plazo de suspensión, por lo que si se cometió antes de ese plazo debe acordarse la remisión.

II

El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 dispone que «si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción».

Su interpretación ha dividido a la doctrina científica. Mientras algunos entienden que en el artículo 14 tienen cabida tanto el delito cometido en el período de prueba como el ejecutado antes de la concesión de la condena condicional, pero juzgado durante el transcurso del plazo, otros creen que la sentencia condenatoria dictada dentro del plazo de prueba por delito llevado a cabo antes, no es causa de extinción de la suspensión de condena, porque la frase «sentenciado por otro delito» del artículo 14 hay que referirla a delito cometido dentro del período probatorio fijado; la consecuencia es que los hechos constitutivos de la causa de revocación, no surgen si el reo es sentenciado por delito anterior al *dies a quo* del plazo de suspensión.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1969, declara que las normas contenidas en el artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 «no son aplicables a las condenas por hechos acaecidos con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios, en cuyo caso no puede determinarse la revocación de los mismos, pues la solución contraria equivaldría a una inadmisibile interpretación extensiva de aquel precepto legal», y agrega, seguidamente, que deberá tenerse en cuenta «la conducta del sujeto en este particular extremo durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después».

La Fiscalía del Tribunal Supremo (Memoria de 1971, páginas 233 y 237) expresaba sobre esta cuestión que, como claramente se desprende de la Sentencia de 17 de noviembre de 1969, cuyo buen sentido es indudable, queda prácticamente sin efecto el supuesto establecido por el artículo 14 de la Ley de condena condicional; el hecho de que la doctrina jurisprudencial tenga que apartarse tan claramente de la letra de la ley, hace evidente la necesidad de una modificación en el sentido de que se procederá a ejecutar el fallo en suspenso cuando fuere el reo penado con privación de libertad por delito doloso cometido durante el período de prueba.

En esta misma línea se halla el artículo 95 del Proyecto de Código Penal expresivo de que la remisión de la pena quedará condicionada a que el condenado *no delinca*, observe las reglas de conducta y cumpla las tareas impuestas por el Tribunal, *en el período de suspensión de la pena*.

III

Los efectos extintivos o liberatorios de la suspensión de condena están sometidos a la condición negativa de que, durante un plazo determinado (artículo 92 del Código Penal), el beneficiario no cometa un nuevo delito,

por lo que, si durante ese transcurso (*condictio pendet*) delinque, a través de la revocación procede el cumplimiento de la condena suspendida. Lo único cuestionado en la consulta es determinar cuál es el elemento desencadenante de la revocación. La opción, como antes se anotó, es doble: o la comisión de un delito precisamente durante el plazo de suspensión o el hecho de que durante el mismo se dicte sentencia condenatoria, aunque lo fuere por hechos anteriores al *dies a quo* del plazo de la suspensión. Esta última debe excluirse.

El elemento temporal constitutivo de la condición es de carácter material —el tiempo de la acción— y no de naturaleza formal o procesal —el momento en que se dicte la sentencia—. Hay que atender, pues, de modo esencial, al *tempus commissi delicti* y no al tiempo, variable, en que la sentencia se ha pronunciado; ésta importa sólo en cuanto individualiza en su premisa de hecho el momento en que el delito se ha perfeccionado, que lo será en el instante en que se realice la conducta típica, lo que no ofrecerá problemas en las figuras de delito constituidas por un solo acto, pero que puede presentarlos en otras categorías de delitos en las que el estado de antijuricidad se prolonga, con lo que el *tempus commissi* puede fijarse en momentos diversos.

Si la condena condicional implica una afirmación de responsabilidad solamente exigible cuando se incumplan las condiciones requeridas, debe afirmarse que únicamente es, *de iure*, causa revocatoria de la suspensión condicional de la pena impuesta la comisión de un delito durante el plazo de suspensión, ya sea sancionado en el período de prueba o una vez extinguido éste, siempre que no haya mediado prescripción. Al contrario, la comisión de delitos fuera del plazo de suspensión —ya sea *ex ante* o *ex post*— no puede dar lugar a la revocabilidad de la suspensión de la pena. Es cierto, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay demasiada concreción en orden a las circunstancias necesarias para determinar la revocación cuando ésta haya de construirse sobre una conducta delictiva. Por lo pronto, en la estructura del Instituto dentro del Código Penal, no aparece referencia alguna a la revocación. Y en la Ley de 17 de marzo de 1908, si la revocación de carácter subsanable por incumplimiento de ciertas obligaciones de hacer impuestas al penado (artículos 8-10) está clara, la revocación insubsanable contemplada en el artículo 14, es imprecisa, lo que explica la existencia de diversas actitudes interpretativas.

La tesis que aquí se mantiene cuenta con apoyos legales y lógicos:

— El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, en sus dos incisos, trata de supuestos distintos de revocación: uno, cuando se halle pendiente el plazo de suspensión (artículo 14, párrafo 1.º), y otro, cuando ha concluido el plazo de suspensión, ya en plena fase de pena remitida (artículo 14, párrafo 2.º). Pero en ambas hipótesis la causa delictiva revocatoria ha de tener lugar precisamente *durante* el período de suspensión. Los hechos cometidos *antes* o *después* son jurídicamente irrelevantes. Según el artículo 14, inciso primero, procede la revocación de la condena condicional o ejecución del fallo suspendido, cuando el sometido a ella *fuere sentenciado durante el plazo de suspensión por otro delito*; mas se silencia si

ese otro delito ha de haberse cometido *antes* del plazo o *durante* el plazo. Conforme al artículo 14, inciso segundo, se dará lugar a la revocación cuando el beneficiario *fuere sentenciado después de cumplido el plazo de suspensión*, pero por hecho punible cometido *dentro* del plazo; no comprende, por consiguiente, el delito cometido *antes* de iniciarse el plazo de suspensión y sentenciado *después* de extinguido el plazo. Por la misma razón, si el legislador se fijó, aquí de modo explícito, en las conductas punibles acaecidas *durante la suspensión*, tampoco deberá abarcar el párrafo primero del artículo 14 los delitos cometidos antes del día inicial del plazo de suspensión, sino sólo los cometidos dentro del plazo. Así, el artículo 14, párrafo primero, se extenderá a los hechos punibles cometidos dentro del plazo y sentenciados durante el plazo, en tanto que en el radio del artículo 14, párrafo segundo, se situarán los cometidos dentro del plazo y sancionados con posterioridad a él. Lo fundamental es, pues, haber *cometido* un delito *dentro* del plazo de suspensión: si se *condena* por él *dentro* del plazo, lo que se revoca es la suspensión condicional de la pena, y si se *condena* por él una vez *concluido* el plazo, se revoca la remisión de la responsabilidad penal acordada.

— Si los delitos cometidos antes del acto formal de otorgamiento no son causa de revocación de la remisión definitiva, como se desprende claramente del artículo 14, párrafo segundo, tampoco deben dar lugar al auto revocatorio de la suspensión de condena en curso o pendiente a que se refiere el artículo 14, inciso primero, porque en otro caso, no sería elemento condicionante de la suspensión de condena el dato subjetivo o interno de la conducta observada por el sujeto, sino algo tan ajeno a ella como es la mayor o menor celeridad en la tramitación de los procedimientos penales, con lo que sólo serían beneficiarios los condenados en territorios jurisdiccionales en que por haber un mayor número de causas, la justicia penal es, necesariamente, más lenta.

— Al ser la condena condicional un subrogado punitivo de profunda significación jurídica y de gran relevancia social y humana, que se dirige a estimular la recuperación del culpable y que se basa en la presunción de que en el *futuro* se abstendrá de cometer nuevos delitos, para potenciar su efectividad la conducta a valorar en la revocación, será la observada a partir del momento de su concesión; sólo la transformación, a partir de la suspensión, de la conducta concreta en un hacer antijurídico que presupone el cese del buen comportamiento social, es causa de revocación.

— El principio del *favor rei*, conforme al cual cuando *ex lege* no pueda fijarse con absoluta precisión el ámbito de las circunstancias de hecho determinantes de la revocación, de entre las soluciones posibles deberá acogerse la más favorable al condenado, por lo que continuará beneficiándose de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta aun cuando recaiga una sentencia sucesiva por hechos anteriores.

— Por último, tampoco debe desconocerse la evolución que, en el ámbito del *usus fori*, se ha operado en la institución, pues en la práctica la condena condicional, al no observarse con regularidad los presupuestos admonitorios y de vigilancia, se ha convertido en un acto de perdón judi-

cial, con lo que virtualmente el acto de concesión es extintivo de la responsabilidad penal y el acto revocatorio deviene excepcional, dictándose, en todo caso, para los supuestos de delitos cometidos durante el plazo de suspensión. Solución que, por otro lado, no se aparta del criterio que preside el artículo 3.º, 1, del Código civil, a cuyo tenor las normas jurídicas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, pero sin olvidar su relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

En definitiva, como lo que interesa a efectos revocatorios es el momento en que se ha desarrollado la acción antijurídica y no el de la firmeza de la resolución judicial, si, pendiente el término, no se cometió un hecho penalmente típico se extinguirá la condena suspendida, en tanto que los delitos consumados entre los días inicial y final actuarán como causas de revocación automática de la suspensión acordada. Por ello debe afirmarse, para la condena condicional, su irrevocabilidad por delitos anteriores al acto de concesión cualquiera haya sido el momento en que por ellos recaiga sentencia, y la revocabilidad si los hechos penales integradores de sentencias condenatorias tuvieron lugar durante el plazo de suspensión con independencia del momento en que se dictare la resolución judicial.

Atendidas las razones expuestas, en los casos análogos al que es objeto de consulta, el Ministerio Fiscal deberá interesar del Tribunal sentenciador que se dicte auto otorgando la remisión definitiva y no auto revocatorio del beneficio concedido, dado que el plazo de suspensión ha expirado sin cumplirse los eventos constitutivos de las condiciones resolutorias.

CONCURRENCIA DE DELITOS: CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES DEFINIDO EN LA LEY 13-7-1982 Y EL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

—Consulta núm. 4/1983, de 1 de diciembre—

I

Ha tenido entrada en esta Fiscalía su consulta cuyo objeto único se centra en la calificación que deba darse a las conductas constitutivas de tráfico de estupefacientes a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, modificativa de la legislación en materia de contrabando. La causa determinante está, como V. E. expone, en que, con la promulgación de esta norma, los hechos integradores de aquel tráfico ilícito cuentan abstractamente con una tipicidad doble. De un lado, la definida en el artículo 344 del Código penal bajo la rúbrica de delitos contra la salud pública, y de otro, la que se extrae de la Ley de 13 de julio de 1982, que considera reos del delito de contrabando a los que, en cualquier cuantía, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaren operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (artículo 1, párrafos uno, inciso cuarto, y tres, inciso primero).

La existencia de dos preceptos contemporáneamente vigentes que incluyen en su núcleo fundamental el tráfico ilícito de drogas exige concretar la naturaleza del concurso y, en consecuencia, las reglas aplicables. Y es

precisamente en este punto donde han surgido las dos posiciones, netamente contrapuestas, de que da cuenta.

1. A tenor de la primera, esa concurrencia de disposiciones se conforma con la estructura propia del llamado concurso de leyes, por lo que, al excluirse recíprocamente, de acuerdo con el artículo 68 del Código penal, los hechos habrán de calificarse bien como delito contra la salud pública del artículo 344 o como delito de contrabando de estupefacientes, según cual sea, ante una determinada conducta, el que tenga asignada una consecuencia punitiva de mayor entidad. Esta posición esgrime en su apoyo los argumentos siguientes:

— Que el bien jurídico protegido en las normas cuestionadas es el mismo: la salud pública, si bien unas veces aparece expresado de modo directo (artículo 344), y otras de forma indirecta a través del interés del Estado en su control (Ley de 13-7-1982).

— Que las conductas previstas en las dos leyes son idénticas, tratándose en ambos casos de tráfico de drogas, ya sea «sin cumplir los requisitos legales» (Ley de 13-7-1982) o de modo «ilegal» (artículo 344).

— El paralelismo de conductas e intereses protegidos plasma en una auténtica relación de alternatividad cuyo cauce no puede ser otro que el prevenido en el artículo 68 del Código penal.

2. La segunda postura entiende que se trata de un supuesto de concurso ideal —un hecho constitutivo de dos delitos— que ha de resolverse en la forma prevista en el artículo 71 del Código penal. Son razones que contribuyen a mantener esta tesis:

— Los bienes jurídicos que, respectivamente, protegen son diversos, ya que el interés del Estado en el control del tráfico de drogas no es sólo la salud pública, sino que también están latentes un interés económico y el cumplimiento de compromisos internacionales en la materia.

— La aplicación del artículo 68 del Código penal resulta, al menos, difícil, pues literalmente alude a «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más disposiciones *de este Código*»; aunque ciertamente esta dificultad podría obviarse a la vista del artículo 9.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que proclama la supletoriedad del Código penal para lo no previsto en ella.

— La teoría del concurso de normas acude inmediatamente al artículo 68 del Código penal, pero ¿por qué no acudir al principio de especialidad que supondría a veces la aplicación de los preceptos de la Ley de Contrabando más beneficiosos para el reo que el artículo 344?

— Si la Ley de 13 de julio de 1982, con relación a la que deroga, parte de un tratamiento más severo elevando a delito conductas que antes constituían infracciones administrativas, perdería su razón de ser si se admitiera como solución el concurso de normas, pues con él sólo se sanciona un delito, en tanto que merced al concurso ideal siempre se castiga un solo hecho como dos delitos, por cuanto supone un ataque a diferentes bienes jurídicos igualmente dignos de protección.

II

Conforme a la Ley de Contrabando, aprobada por Decreto de 16 de junio de 1964, el tráfico de estupefacientes constituía infracción administrativa de contrabando (artículos 3 y 11, apartados 7-9), conducta que encajaba también en el extenso marco del artículo 344 del Código penal. Si en un mismo hecho concurrían las características de la infracción administrativa y la estructura del tipo penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la compatibilidad de las sanciones respectivas sin que ello implicara violación del principio *non bis in idem*; en tal sentido, las Sentencias de 10-5-1974, 30-6-1975 y 20-1-1982, declarativa esta última de que «un comportamiento puede integrar infracción de contrabando sin que ello obste, ni suponga conculcación del principio *non bis in idem*, a que la citada conducta pueda constituir además delito descrito en el Código penal, doctrina ésta que en lo que respecta a los estupefacientes, se ratifica y refuerza por el contenido de la Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 30 dispone que las referidas sustancias tienen el carácter de artículos estancados y que el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los vigentes preceptos de la Ley de Contrabando, añadiendo el artículo 33 de la misma, que tales conductas serán perseguidas administrativamente sin perjuicio de que puedan integrar delito y ser perseguidas en la vía correspondiente».

Con la publicación de la Ley de 13 de julio de 1982, reguladora de los delitos de contrabando, ha desaparecido la infracción administrativa de contrabando cuando sus actos constitutivos tuvieren por objeto drogas o estupefacientes, pues si, en general, el tránsito de la infracción de contrabando al delito de contrabando se halla en el valor de los géneros o efectos (artículos 1, 1.º, y 12), el tráfico de drogas integrará siempre delito cualesquiera sea su cuantía o valor (artículo 1, 3.º). Así, de la compatibilidad entre infracción administrativa de contrabando de estupefacientes y delito contra la salud pública, se ha pasado a la concurrencia del delito de contrabando de estupefacientes con el delito contra la salud pública, cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes. Si los casos consistentes en que unos mismos hechos estuvieran descritos, a la vez, en el presupuesto de una norma penal y en el círculo de una infracción administrativa, fueron resueltos jurisprudencialmente en el sentido de hacer compatibles las respectivas sanciones sobre la hipótesis de subsunción de un presupuesto de hecho en el delito de contrabando de drogas (artículo 1, 1.º y 3.º de la Ley de 13-7-1982) y en el tipo definido en el artículo 344, obviamente no hay todavía declaraciones jurisprudenciales. En trances de valorar en un orden técnico-jurídico tal conducta, las opciones posibles se reducen a éstas: entender que nos hallamos ante un concurso aparente de normas cuyo régimen jurídico-punitivo aparece en el artículo 68 del Código penal, o pensar que convienen mejor a la situación de hecho creada, las normas reguladoras de una de las modalidades del concurso ideal o formal de delitos del artículo 71 (un hecho constituye dos o más delitos).

III

Los requisitos de las normas penales definidos en el artículo 344 del Código y en la Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982, son parcialmente coincidentes. De un lado la tipicidad del artículo 344, objetiva y fundamentalmente descriptiva a partir de la Ley de 15-11-1971 adquiere una gran amplitud, reducida a sistema, en su marco pueden comprenderse las siguientes conductas: actos de producción de estupefacientes (cultivo, fabricación, elaboración), actos principales de tráfico (venta, donación, tráfico en general), actos auxiliares de tráfico (tenencia, transporte) y actos de proselitismo o estímulo (promoción, favorecimiento, facilitación). Con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, el tipo central de injusto que define el nuevo artículo 344, al tiempo que gana en precisión no se separa, por razón del contenido que atribuye a los verdaderos subtipos, de la norma sustituida. Si ciertamente ahora se incluyen *ex novo* los psicotrópicos y la penalidad cuenta con nuevos módulos, los elementos descriptivos de la acción se reducen, en técnica quizá más depurada, a los actos de cultivo, fabricación, tráfico y posesión. Pero es manifiesto que la fabricación comprende la elaboración, también que en la expresión genérica de tráfico tienen cabida tanto los actos de disposición a título oneroso como los de liberalidad, así como el transporte, y que la sustitución de la palabra tenencia por la de posesión, aunque pudiera tener trascendencia en el orden civil, carece de relevancia penal a la hora de encuadrar una conducta en el artículo 344. De otro lado, el radio antijurídico de la Ley de Contrabando es menos extenso, cualesquiera sean los preceptos que sirvan de encaje al contrabando de estupefacientes. Mas aun así no pueden desconocerse superposiciones en los elementos nucleares de los respectivos tipos.

La alternativa más próxima en la Ley de Contrabando al artículo 344 es la que se extrae del párrafo tercero o del párrafo cuarto del artículo 1, 1.º. El primero de ellos se refiere a los *géneros estancados*; el segundo a los *géneros prohibidos*. Géneros estancados y géneros prohibidos son conceptos distintos. Los primeros son aquellos cuya comercialización está reservada con carácter de monopolio al Estado, y los prohibidos aquellos cuya comercialización no está permitida por lo general a los particulares. Pero atendidas las normas en vigor, los estupefacientes tienen la consideración de efectos estancados unas veces y de géneros prohibidos otras. En el artículo 3, 1.º, de la Ley de Contrabando son *ex lege*, *productos estancados*, aquellos cuya producción, adquisición o distribución se atribuye al Estado con carácter de monopolio, pero además se reputan géneros o productos estancados, aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición, y la Ley 17/1967, de 8 de abril, declara (artículo 30.1) que las sustancias estupefacientes tienen el carácter de *artículos estancados*, y el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los preceptos de la Ley de Contrabando. El carácter de *géneros prohibidos* para los estupefacientes deriva de la propia Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2, 2.º, expresa que tendrán la consideración de artículos o *géneros prohibidos* los estupefacientes incluidos o que se incluyan en

la Lista IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961, y en tal lista están, junto a otros productos, la *cannabis* y la heroína; pero es que, a mayor abundamiento, según el artículo 3, 2.º a) de la vigente Ley de Contrabando, son artículos o géneros prohibidos los que como tales se hallen comprendidos en los Aranceles de Aduanas, y en la disposición octava de esta norma —aprobada por Decreto de 30 de mayo de 1960— se consideran artículos de importación prohibida o condicionada los estupefacientes.

Pues bien, la conducta en el tipo de injusto básico relativo al contrabando de *géneros estancados* (artículo 1, 1.º, tercero) comprende estos términos: importar, exportar, poseer, elaborar y rehabilitar. La acción o comportamiento, siempre positivo, es el delito de contrabando de *efectos prohibidos* (artículo 1, 1.º, cuarto) abarca a quienes los importaren, exportaren, poseyeren o realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación.

Delimitadas así las áreas respectivas del injusto penalmente relevante, se observa que *elaborar* y *rehabilitar* son conceptos privativos del artículo 1, 1.º, tercero, mientras que la frase *realizar operaciones de comercio o circulación* sólo la hallamos en el artículo 1, 1.º, cuarto. El resto de las expresiones típicas son comunes a ambos: importar, exportar y poseer. Es claro que el círculo de la antijuricidad es en estas dos figuras de delito menor que el asignado en el artículo 344 al tráfico de estupefacientes. Aquéllos contienen referencias expresas a actos principales («operaciones de comercio») y auxiliares de tráfico («poseyeren», «circulación») e incluso a algún acto de producción («elaborar», «rehabilitar»). Existen otros dos giros en las disposiciones analizadas de la Ley de Contrabando sin correspondencia literal con el artículo 344 («importar» y «exportar»), pero que podrían incardinarse en el término «tráfico», que es comprensivo del transporte, ya que importar, según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, puede significar el hecho de introducir la droga por cualquier medio en territorio español, valorándose como transporte punible la llegada de estupefacientes a las Aduanas de puertos, aeropuertos y fronteras en donde se intervienen cuando se pretendía su introducción material en España (Sentencias de 13-5-1975, 15-3-1977 y 26-3-1977), y a tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre estupefacientes —artículo 1, apartado m)—, ratificado por España el 1 de marzo de 1966, por importación y exportación se entiende el transporte material o tráfico de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado, definiciones que para el Tribunal Supremo entrañan una noción auténtica de los actos integrantes de tráfico (Sentencias de 22-2-1974 y 22-11-1978), añadiendo por su parte la Ley de 8 de abril de 1967 (artículo 15) que constituyen tráfico ilícito las operaciones de importación realizadas en contra de lo prevenido en la Ley. Por consiguiente, «importar» o «exportar», en significado no rigurosamente técnico si se quiere, significarán también «traficar», término que comprende, dada su amplitud, el transporte.

En definitiva, con la precedente interpretación sólo los actos de proselitismo (promoción, favorecimiento y facilitación) y alguno de los actos de producción de estupefacientes («cultivo») son privativos del artículo 344 y

ajenos al delito de contrabando. Los demás comportamientos son sustancialmente convergentes, por lo que convienen, en principio, tanto al injusto típico de contrabando como al tipo penal de injusto en que la salud pública es protegida directamente.

Si hay coincidencia entre el objeto del delito y entre la mayor parte de los elementos descriptivos que integran el contenido de los tipos penales definidos en la Ley de Contrabando y en el Código penal, la cantidad de estupefacientes objeto del tráfico tampoco es dato diferenciador, porque el *quantum* de lo poseído, transportado, elaborado o vendido no es elemento del tipo en ningún caso. El tráfico ilegítimo de drogas es siempre delito del artículo 344, ya que la cantidad no afecta a la antijuricidad, sino, en todo caso, a la penalidad, como se desprende de la interpretación jurisprudencial del párrafo tercero del anterior artículo 344, y de la literalidad del nuevo precepto. Y aunque los delitos de contrabando, en general, subordinan su existencia a que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas (artículo 1, 1.º), pues en otro caso sólo hay infracción administrativa (artículo 12), el contrabando de drogas o estupefacientes constituye delito cualquiera que sea su cuantía (artículo 1, 3.º, primera), si bien la pena tipo puede ser rebajada en un grado en atención a las circunstancias del hecho (artículo 2, 3.º). En la aplicación de las normas últimamente citadas debe regir la interpretación que ha venido haciendo de modo reiterado el Tribunal Supremo para el delito contra la salud pública del artículo 344, distinguiendo entre actos de transmisión y actos auxiliares de tráfico, y en tanto que los primeros constituirán siempre delito, aunque se trate de pequeñas cantidades, la posesión y el transporte o circulación de drogas en cantidades exiguas, no comportará la tipicidad de contrabando, sino que puede constituir un elemento probatorio de que la tenencia o el transporte son simples actos preparatorios de otro principal impune cuál es el propio consumo.

Si la dimensión externa de la conducta es parcialmente coincidente, la identidad es plena en el empleo de términos normativos que configuran las denominadas características especiales del deber jurídico o especiales elementos de la antijuricidad; de ahí las expresiones de modo «ilegal» (artículo 344), «sin autorización» (artículo 1.1.º, tercero de la Ley de 13 de julio de 1982) y «sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes» (artículo 1.1.º, cuarto), determinantes todas ellas de la punibilidad.

IV

No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime el tráfico de estupefacientes, sino que la legislación de contrabando eleva también a categoría de delito la posesión, circulación y tráfico ilegítimo de aquellas sustancias; y existe superposición, en parte, de las acciones que forman el núcleo de los respectivos preceptos, por lo que, obviamente, si un hecho dado es capaz de subsumirse en esa zona típica común, aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta. En el artículo 344 se prevén penas distintas. Prisión menor y multa es la pena

tipo cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, que se elevarán en un grado atendidas estas circunstancias: la cantidad objeto de tráfico, la pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas, el lugar en donde se difunden (centros docentes, unidades militares, establecimientos penitenciarios) o las personas a quienes se transmiten (menores de edad. Arresto mayor es la pena que procede cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, que se transformará en prisión menor si concurre alguna de las circunstancias antes referidas. En tanto que la pena base para el contrabando de estupefacientes es la de prisión menor en los grados medio o máximo y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos (artículo 2.1.º), imponiéndose en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

Si una de esas normas concurrentes ha de desplazarse a la otra o si deben conservar conjuntamente su eficacia los tipos legales, es cuestión que se subordina a cuál sea la naturaleza del eventual concurso: si aparente o de leyes o efectivo o de delitos. En el concurso de leyes, por el principio de la alternatividad excluyente o de la incompatibilidad en la aplicación de los preceptos, prevalece la norma que tenga asignada mayor sanción. En el concurso ideal de delitos, cuando un hecho singular origine dos o más tipos penales distintos —ya sean homogéneos o heterogéneos— la pena es cumulativa (la de los dos tipos) o sustitutiva cualificada (la mayor de ellas en el grado máximo).

La adscripción de un determinado comportamiento a una u otra situación concursal no siempre tendrá fácil solución. A esta dificultad contribuyen no sólo la poca clara estructura legal del concurso de normas y del concurso ideal, sino también la consideración de que aún cuando el delito del artículo 344 y los de contrabando de estupefacientes presentan en ocasiones la misma objetividad jurídica, el bien jurídico protegido por ellos puede ser distinto. El hecho diferencial en tales hipótesis habrá que reconducirle a la esfera del bien jurídico protegido.

Si toda norma penal completa tutela un determinado bien o interés que individualiza su *ratio*, a la total perfección del delito contribuirá no sólo la realización de la conducta que forma el contenido del tipo, sino también la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la ley quiere proteger. Teniendo esto en cuenta, el tipo de concurso ante el que nos hallemos, estará condicionado por el dato de si el hecho antijurídico a juzgar lesiona o pone en peligro un solo interés o más intereses. Si uno sólo, habrá concurso de normas; si más de uno, concurso ideal de delitos. En el primer supuesto, aunque varias disposiciones sean aparentemente aplicables al hecho concreto, una sola es suficiente para sancionar el total valor ofensivo del hecho. En el segundo caso, se aplican contemporáneamente dos o más disposiciones porque sólo de ese modo puede ser asegurada la represión de las violaciones de intereses, penalmente tutelados, producido por el hecho a juzgar. Ahora bien, ¿cuándo tienen lugar uno y otro supuesto? Una misma situación de hecho incluíble en los esquemas descriptivos de dos

figuras de delito puede representar la lesión o puesta en peligro de diversos intereses, que, por ser estructuralmente distintos, pueden hallarse entre sí en una doble contrapuesta relación: o completamente desvinculados y privados de coincidencia, o, al contrario, total o parcialmente coincidentes en cuanto se adscriben a la misma categoría o *genus*. El supuesto de coincidencia de intereses tutelados por las normas, legitima la existencia del concurso de leyes. El supuesto de discrepancia de los bienes protegidos por la disposición autoriza la existencia del concurso ideal.

— Los intereses jurídicos que con función incriminadora protege siempre y desde luego el artículo 344, forman la categoría sistemática de la salud pública; que la salud pública es, incondicionalmente, el bien jurídico protegido en este precepto, se obtiene de su colocación dentro del Código penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando, reiteradamente declara que el artículo 344 tutela la salud pública comunitaria. (SS. de 22-2-1974, 2-2-1976, 7-10-1982, 22-10-1982, 29-11-1982, 20-1-1983 y 3-5-1983, entre otras muchas). En los delitos de contrabando de drogas el bien protegido puede ser único o vario, pues junto a intereses complejos dirigidos a proteger la economía nacional puede figurar también la salud pública como interés tutelado; si un hecho delictivo puede lesionar o poner en peligro una pluralidad de bienes específicos, algunos de los delitos de contrabando de estupefacientes deben calificarse de pluriofensivos, pues la prohibición de las conductas de tráfico no autorizado, responderá unas veces a finalidad tributaria y económica y otras a razones de sanidad pública, pero en ningún caso el fundamento de la intervención del legislador es la salud individual, porque el autoconsumo de estupefacientes es penalmente atípico. Que la salud pública puede ser en el nuevo delito uno de los bienes jurídicos protegidos, se desprende de la Ley administrativa de 8 de abril de 1967, dirigida a establecer el monopolio del Estado en materia de estupefacientes, cuando establece en su preámbulo que «es la salud física y mental de la población la razón profunda determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes». Si un Estado moderno prohíbe la libre circulación de drogas, no lo hace exclusivamente por motivos económicos, sino por el peligro real que ello supone para bienes o valores trasindividuales que, como la salud pública, han de ser por ello objeto de una expresa tutela penal.

— Si en la formulación de todo tipo penal existe una cláusula negativa implícita por virtud de la cual se excluye que esa realidad natural halle expresión en otra norma, es lo cierto que un mismo acacamiento humano puede a veces estar cubierto por dos o más disposiciones. A este defecto de técnica legislativa se debe el concurso de leyes, que se produce no sólo cuando todos los elementos de una figura punible están contenidos plenamente en otra, sino también cuando por coincidir solo parcialmente no todos los elementos constitutivos de un delito se hallan en el esquema descriptivo del otro.

La estructura técnica del concurso de normas responde a la existencia de una acción y de delitos descritos en diversas normas concurrentes, una de las cuales ha de excluir a las demás porque el mismo hecho, declarado expresamente punible por el ordenamiento jurídico, no puede estar sujeto a una doble sanción.

Mas como el concurso ideal responde también a las características de unidad de hecho y pluralidad de infracciones, se anotan ahora sus diferencias con el concurso de normas que servirán para calificar la relación que media entre el artículo 344 del Código penal y los párrafos del artículo 1.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que tienen relación con el contrabando de estupefacientes.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1982, se analizan las diferencias entre el concurso de leyes y el concurso ideal, llegándose a la conclusión de que en el *concurso ideal* un solo comportamiento constituye dos infracciones diferentes y de diversa naturaleza que lesiona o ponen en peligro bienes jurídicos distintos, por lo que son apropiadas para calificaciones separadas, no incompatibles ni excluyentes, aunque por razones de conexión o adherencia —al haber sido generadas por un mismo acto— se las contemple conjuntamente con la solución penológica del artículo 71. En el *concurso de leyes* el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas, las cuales se excluyen recíprocamente, por lo que sólo se castiga una, la más gravemente penada.

En efecto, entre el concurso ideal y el de normas se advierten las siguientes diferencias:

Así como en el concurso ideal existe unidad de acción y pluralidad concreta de delitos (artículo 71, supuesto primero), en el concurso de leyes contamos también con un solo hecho capaz para integrarse *in abstracto* en dos o más tipos penales de contenido idéntico o parcialmente coincidente (artículo 68).

Se aplica el artículo 71 cuando un mismo hecho o conducta da lugar a dos o más delitos de diferente estructura e individualidad cuyos bienes jurídicos específicos son también distintos, pero no cuando el presupuesto de hecho único se subsuma en varios preceptos de similar estructura definidos en disposiciones diversas del ordenamiento penal, supuesto al que responde el artículo 68.

Por regir de modo incondicionado en nuestro sistema jurídico el principio del *non bis in idem sustancial*, los delitos que concurren a formar el concurso ideal son, necesariamente, distintos, ya que se permite su sanción por separado; en el artículo 68 hay dos o más normas violadas al tiempo de la consumación delictiva, pero sólo una resulta aplicable en el momento de la sentencia penal, lo que muestra que los delitos coincidentes en el concurso de normas deben presentar un marco típico casi idéntico.

Conforme al artículo 71, una acción origina materialmente más de un delito cuya sanción es concurrente o conjunta, o, en su caso, la más grave de ellos en el grado máximo; en el artículo 68 hay independencia delictiva formal, pero no autonomía estructural, por lo que si un solo hecho da lugar formalmente a dos o más delitos, que pueden ser calificados por dos o más preceptos, al excluirse uno a otro la sanción alternativa y única que permanece es la correspondiente a la norma principal por su gravedad.

V

Trasladando las notas peculiares del concurso ideal y del concurso de normas al tipo definido en el artículo 344 y a los delitos de contrabando de estupefacientes contenidos en la Ley de 13 de julio de 1982, puede llegarse a la sistematización siguiente:

A) *Supuestos en que será aplicable el concurso ideal de delitos.*

Siempre que concurren bienes jurídicos distintos nos hallaremos ante el complejo penológico del artículo 71, para lo que es necesario la efectiva constatación de un *plus*, esto es, que una de las figuras del eventual concurso tenga su razón de ser fundamental en la protección de los intereses económicos del Estado, debiendo notarse que no es un simple bien jurídico genérico el interés del Estado en percibir las prestaciones correspondientes a los actos de introducción o comercialización de géneros estancados o prohibidos. El dolo de tráfico y el dolo de contrabando es de apreciar en estos casos:

a) Es delito de contrabando importar o exportar géneros estancados sin autorización (artículo 1.º.1, tres) o géneros prohibidos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (artículo 1.º.1, cuatro); uno de estos requisitos es la no presentación para su despacho, ocultando los estupefacientes o sustrayéndolos dentro del recinto aduanero a la acción de la Administración de Aduanas (artículo 1.º.1.1. del Real Decreto de 16 de febrero de 1983), y otro el permiso que ha de conceder el Servicio de Control de Estupefacientes (artículos 5, apartado b), y 16.2 de la Ley de 8 de abril de 1967).

La conducta es de pura omisión, pues basta para la existencia del delito el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación aduanera, que impide no sólo el control de las importaciones o exportaciones, sino también la percepción por el Estado de los derechos o aranceles de Aduanas. Al tratarse de delitos de mera actividad, estarán perfectos con independencia de los fines perseguidos y aun sin expresos actos de tráfico propio posteriores. Mas si con la importación irregular se tiende al tráfico, concurrirán el delito de contrabando y el definido en el artículo 344 del Código penal en concurso ideal, pues a la conducta de introducción clandestina va unida la posesión del introductor de estupefacientes con cuya sanción se protege indirectamente la salud pública. Este mismo tratamiento concursal se dará a los poseedores o traficantes que se hallen en relación inmediata con el introductor, que serán aquellos que tengan a su disposición cantidades notables de droga, posesión cualificada que lleva implícita la presunción de que el poseedor actual está vinculado al autor material de la importación irregular.

En definitiva, si a los actos de importación ilegítima (irregular o clandestina) se unen la posesión o el tráfico por el introductor o por otros

con el relacionados, con fin de difusión, tales conductas son sancionables conforme al artículo 71.

Mientras que la importación se refiere a la introducción de productos extranjeros, la exportación irregular presenta variedades, ya que puede recaer sobre drogas producidas lícitas o ilícitamente en territorio español o introducidas legal o ilegalmente en nuestro territorio. Como la importación, el contrabando a través de la exportación de drogas también puede estar en concurso con el artículo 344; así ocurrirá en dos casos: cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes, a transportar sin autorización, que hayan sido producidos o introducidos ilícitamente en España, pues ya habían mediado actos típicos de elaboración y posesión; y cuando consumada materialmente la exportación fuere detenido con posterioridad el exportador que comercializó en el extranjero los productos.

b) El artículo 1.º1 de la Ley de 13-7-1982 tipifica estos dos delitos de contrabando:

a') Obtener mediante la alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos por las oficinas de Aduanas.

b') Obtener, también ilícitamente, las autorizaciones para los actos de importación, exportación, elaboración o comercio de los efectos estancados o prohibidos.

Como en el caso precedente, es claro que la tenencia o el tráfico posteriores a la actividad formalmente ilegítima dará lugar a la aplicabilidad del artículo 71.

c) Los artículos 1.º1, siete y 1.º1, ocho, son comprensivos de dos supuestos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través del transporte o transbordo de efectos estancados o prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

B) *Casos de concurso aparente de normas.*

No habrá dificultades para apreciarle en estos supuestos: actos de tráfico sin autorización realizados por el importador legítimo, actos de elaboración de estupefacientes sin autorización y actos de posesión o tráfico por un tercer poseedor.

a) Se configura como delito de contrabando la tenencia, comercio y circulación de géneros prohibidos sin observar los requisitos exigidos (artículo 1.º1, cuatro). Todos son actos subsiguientes a la importación regular o legal, y además personales de quienes intervinieron en la introducción de los productos estupefacientes; no se trata de la tenencia abstracta por un tercero cualquiera sino de la tenencia o comercio de quien fue importador autorizado. La identidad objetiva entre este tipo de contrabando y alguno de los subtipos del artículo 344 es manifiesta, pues partiendo de la ilegalidad de los respectivos comportamientos, en ambos se incluye la tenencia, la venta —que se equipara a operaciones de comercio y a la circulación va

unida a la idea de transporte. En cuanto actos *ex post* a la introducción legal no puede entenderse que el fundamento de su punición esté en la defraudación de la deuda tributaria, sino más en la protección de la salud pública comunitaria.

b) Es también delito de contrabando la elaboración o rehabilitación de géneros estancados sin autorización (artículo 1.º1, tres). El inciso anterior abarcaba la tenencia, comercio y circulación ilegítima por nuestro territorio de estupefacientes introducidos de forma legal. El delito a que ahora nos referimos incluye los actos de producción o creación no autorizada —salvo el cultivo— realizados dentro de España, que presentan una sustancial identidad con la estructura objetiva del artículo 344 referente a los actos de producción y con los bienes jurídicos que esta norma protege, pues realmente entraña un peligro potencial o abstracto para la salud pública la elaboración de productos estupefacientes sin autorización.

c) Tráfico de drogas por quien no intervino en los actos propios de los delitos de contrabando. Si a los actos auxiliares del tráfico (tenencia) y a algunos actos de tráfico efectivo imputables al autor de las importaciones irregulares (artículo 1.º1, tres, cuatro, seis) o clandestinas (artículo 1.º1, siete, ocho) es de aplicación la teoría del concurso ideal, penándose más gravemente la conducta del contrabandista traficante, la posesión o el tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación, forzosamente tendrá que desenvolverse en el artículo 68. Así, la posesión por un tercero con la cualidad de simple traficante o de consumidor-traficante y ajeno a los cuadros de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, no podrá castigarse como delito de contrabando más que cuando la aplicación de estas normas supongan una mayor penalidad.

C) Conductas ajenas a cualquier modalidad de concurso.

Por último, son de señalar, a título meramente enunciativo, determinados comportamientos que son extraños en absoluto a la punibilidad o que escapan a una u otra de las formas concursales.

En el primer grupo debe destacarse la posesión de estupefacientes con el fin exclusivo de autoconsumo, dado que en el nuevo artículo 344 —siguiendo una reiterada interpretación jurisprudencial— sólo es punible la posesión con destino total o parcial al tráfico. Tampoco surgirá el delito de contrabando cuando la posesión dentro del territorio nacional se refiera a estupefacientes destinados al consumo propio del infractor. Aparte argumentos de orden lógico, contribuye a esta tesis el artículo 1.3.º, circunstancia primera, de la Ley de 13 de julio de 1982 que limita la sanción para el contrabando de estupefacientes a los casos en que su tenencia constituya delito. Luego si la tenencia sin ulteriores fines es acto plenamente atípico quedará también excluida del carácter extensivo de esta última norma.

Entre las conductas ajenas al concurso, unas constituyen sólo delito del artículo 344 y otros delito de contrabando.

Son privativas del tráfico de estupefacientes:

La promoción, fomento y facilitación de productos estupefacientes por quienes no han intervenido directamente en la introducción irregular.

El cultivo y tráfico ilegítimo de estupefacientes de producción nacional; el de los introducidos legalmente si los actos de tráfico son realizados por un tercero tampoco pueden constituir delito de contrabando. Lo mismo cabe decir del tráfico de estupefacientes procedente de sustracciones.

Es problemático si para los psicotrópicos regirán las mismas reglas que para los estupefacientes o si su tráfico sólo puede constituir el delito del artículo 344, con lo que quedarían excluidos los eventuales concursos. En apoyo de su individualidad típica está la redacción del artículo 344 por Ley de 25 de junio de 1983 que, por vez primera, los equipara en su tratamiento jurídico a los estupefacientes, y el hecho de que la Ley de 13 de julio de 1982 mencione únicamente drogas y estupefacientes.

Son propias del delito de contrabando estas conductas:

La introducción de estupefacientes sin autorización cuando no hayan mediado actos posteriores de tráfico y el *quantum* no pequeño de los mismos pueda excluir la presunción del propósito de un ulterior tráfico y del autoconsumo.

La exportación, sin cumplir los requisitos prevenidos, de productos estupefacientes producidos lícitamente en España.

La obtención ilegítima del despacho de estupefacientes en las Oficinas de Aduanas o de las autorizaciones para actos de importación, exportación o elaboración si a los mismos no ha subseguido acto alguno de tráfico.

INSTRUCCIONES SOBRE LA LEY ORGANICA 7/1983, DE 23 DE ABRIL DE REFORMA DE LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

—Instrucción núm. 1/1983, de 16 de septiembre—

La publicación de la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» de 26 de abril), hace conveniente impartir unas breves instrucciones sobre las pautas de interpretación de dicha Ley, especialmente en cuanto a las soluciones que deben adoptarse ante las situaciones de prisión de prolongada duración, dada la suspensión de la entrada en vigor de los plazos máximos fijados en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1) Principios que inspiran el articulado de la Ley.

La propia Exposición de Motivos de la Ley viene a señalar los criterios generales que han orientado la nueva redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar, la Constitución establece que «por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional» (art. 17.4, inciso último) y la Ley 7/1983, desarrolla el mandato constitucional. El límite existente en el artículo 504, redactado por la Ley de 22 de abril de 1980, conforme a la cual «en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito impu-

tado», no podría considerarse —dada su ambigüedad y falta de precisión— como adecuado cumplimiento del texto constitucional.

La Ley respalda el tradicional criterio, únicamente suprimido en la modificación ahora derogada, de que la regla general es la libertad, teniendo la prisión carácter excepcional. Este principio resulta reforzado por el de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2, de la Constitución. Por tanto, la prisión del inculpaado deberá ser expresamente razonada en el auto en que se acuerde, conteniendo los motivos que llevan al Organó judicial competente a tal decisión.

Por último y precisamente por su singularidad, los Jueces y Tribunales no están obligados a mantener y prolongar hasta los límites máximos la prisión, sino que haciendo uso del amplio arbitrio que la nueva norma les confiere, pueden modificar la situación ponderando los datos temporales, personales y técnicos que concurran en cada caso.

II) *Requisitos necesarios para poder decretar la prisión provisional.*

A tenor de los artículos 503 y 504, párrafos primero y segundo, que han entrado en vigor el día 27 de abril de 1983 (disposición final de la Ley 7/1983, que ordena la vigencia de los artículos reseñados al día siguiente de la publicación), deben concurrir los siguientes requisitos para decretar la prisión provisional:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito (art. 503-1.º).

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión (art. 503-3.º).

Tanto esta circunstancia como la anterior, no crean ningún nuevo problema interpretativo, pues son transcripción de los textos anteriores.

3.º La Ley establece la necesidad de un tercer requisito que difiere según cuál sea la pena asignada al delito de que se trate.

A) Que el delito cometido tenga señalada pena superior a la de prisión (art. 503, circunstancia 2.ª, inciso primero). Para conocer los delitos castigados con tales penas habrá que acudir a la escala del artículo 27 del Código penal, por tanto, justificarán tal medida los sancionados con penas de prisión mayor, presidio mayor, reclusión menor y reclusión mayor.

En todos estos supuestos, la norma es la prisión, pero el Juez o Tribunal puede acordar la libertad mediante fianza siempre que «el inculpaado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados, y se pueda considerar fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio...» (art. 504, párrafo 2.º).

Como estos requisitos, literalmente, están exigidos de forma conjunta para los supuestos en que no concurran todos ellos se plantea la cuestión de si la falta de alguno o algunos debe dar lugar necesariamente a la prisión, o si tal circunstancia no es impeditiva de que el Juez pueda adoptar la medida cautelar de libertad con fianza. Cuestión que debe ser resuelta en el sentido de que la ausencia de las condiciones negativas del

artículo 504, párrafo segundo, son un obstáculo esencial para que el órgano judicial pueda decidir la libertad con fianza en el momento en que, *ex novo*, deba pronunciarse tal medida, pero tal situación no impide la modificación de la medida preexistente cuando haya transcurrido un tiempo razonable (desde luego inferior al plazo máximo) desde que se acordó. Esta solución, aun cuando no se halle en el tenor literal de la ley, no se separa de sus principios inspirados explícitos en la exposición de motivos, y está amparada por otros artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 528 (la prisión provisional sólo durará mientras subsistan los motivos) y 529 (los autos de prisión son reformables durante todo el curso de la causa); pero cuenta, además, con el argumento lógico de que, en otro caso, carecería de virtualidad el artículo 504, párrafo tercero, que al establecer una duración máxima de la prisión, implícitamente está previendo otras duraciones inferiores, que se derivarán tanto de las conductas que se ajusten a los presupuestos del artículo 504, párrafo segundo, como de las que no se acomoden en su totalidad a ellos.

B) Que el delito tenga señalada pena de prisión menor y considere el Juez necesaria la prisión provisional (art. 503, circunstancia 2.ª, inciso 2.º).

Esta posibilidad queda limitada a los delitos castigados con pena de prisión menor, como expresa el texto y corrobora el estudio de la discusión parlamentaria en que quedó suprimida la expresión «... o inferior», que acompañaba a la pena de prisión menor.

Los motivos que pueden mover al Juez a decretar tal situación, son: Las circunstancias del hecho y los antecedentes del inculpado (art. 503, cir. 2.ª). La prisión nunca podrá ser incondicional; el Juez deberá fijar la oportuna fianza que permita eludir la prisión.

C) La tercera posibilidad de acordar la prisión es la establecida en el artículo 504, párrafo primero y consiste en que el inculpado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

En estos casos, no hay ninguna limitación por la naturaleza del delito, antecedentes del inculpado o pena que corresponda al delito para poder acordar la prisión.

La Ley no limita la decisión a tomar respecto a la clase de prisión. Cabe sea incondicional o se conceda la libertad bajo fianza.

III) *Criterios sobre la duración máxima de la prisión provisional.*

La duración máxima de la prisión provisional queda regulada en los párrafos tercero y cuarto del artículo 504, que entrarán en vigor a los tres meses de su publicación (disposición final de la Ley Orgánica 7/83).

Consecuencia de lo acabado de exponer es la necesidad de estudiar la situación originada por la «vacatio» de Ley durante tres meses y, en segundo lugar, considerar los efectos que producirá el artículo 504 cuando, pasado dicho tiempo, entren en vigor los plazos allí establecidos.

A) La razón de que la Ley retrase su entrada en vigor en los aspectos que ahora consideramos es la de permitir a los Organos Judiciales «el seña

lamiento y celebración de los correspondientes juicios orales en aquéllas en las que existan presos» (Exposición de Motivos de la Ley).

Para el debido cumplimiento de lo transcrito en el anterior párrafo, los fiscales deberán con urgencia examinar cada una de las causas en que existan presos, que, lógicamente al haber entrado en vigor los artículos 503 y 504, en sus párrafos primero y segundo, serán aquellas en que concurran los requisitos exigidos por la Ley Orgánica 7/83 para decretar tal situación. A la vista de todos los antecedentes existentes en la causa, delito cometido, pena que se corresponda y tiempo que el inculpado lleve privado de libertad, solicitarán, en dictamen razonado, el señalamiento de la causa o la rápida remoción de los obstáculos que impidan llegar a la celebración del acto del juicio en el repetido plazo de los tres meses.

Ahora bien, que los plazos de prisión fijados en el artículo 504 no tengan todavía aplicación, no puede llevar a entender que, durante este plazo o «vacatio», el tiempo de prisión provisional pueda ser ilimitado. En efecto, el artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, «BOE» de 10 de octubre de 1979, vinculante para España a tenor de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución, establece el límite del «tiempo razonable», a tenor de la repetida interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, cuando el estudio de la causa lleve al convencimiento de que el tiempo de prisión preventiva excede del «tiempo razonable», en razón a la pena que presuntamente corresponda y a la falta de necesidad de la continuación de la situación de prisión, se solicitará la oportuna libertad.

B) Transcurrido el plazo de la «vacatio» —tres meses desde la publicación— los tiempos máximos de prisión establecidos en el artículo 504, son:

— Seis meses, cuando el delito imputado esté castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor.

— Dieciocho meses en los demás casos.

— Treinta meses en los supuestos expresamente determinados en el precepto: el delito hubiera afectado gravemente a intereses colectivos o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional o cuando se hubiere cometido fuera de éste o la instrucción de la causa fuera de extraordinaria complejidad.

— Mitad de la pena impuesta en la sentencia; cuando excepcionalmente el Tribunal lo acuerde si la sentencia es recurrida.

Indudablemente, además de los anteriores límites está el del «tiempo razonable» del artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la forma relatada en anterior apartado.

Especial mención requiere el último apartado del artículo 504, que señala que en los plazos del párrafo tercero «no se computará el tiempo en que la causa sufre dilaciones indebidas imputables al inculpado». Esta norma exige un estudio cuidadoso de cada dilación y la solicitud, en los casos en que sea procedente de que el Juez o Tribunal dicte auto en que se haga

constar tal circunstancia, con expresión del espacio de tiempo atribuible a dilación del imputado.

Entre estos supuestos, queda incluido en la excepción del párrafo último del artículo 504, el tiempo mínimo necesario para poder llegar a dictar sentencia, cuando decretada la libertad, después de un tiempo de prisión preventiva, el inculpado no compareciera a los llamamientos judiciales, haciendo imprescindible un nuevo auto de prisión que permita su presencia y la continuación del procedimiento. Ello incluso aun cuando los plazos máximos de permanencia en situación de prisión provisional estuviesen ya cumplidos, pues cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de que la causa quedaría indefinidamente paralizada cuando el inculpado, que se encontrase en estas circunstancias, decidiese su incomparecencia ante los Juzgados y Tribunales.

CONCLUSIONES

La nueva regulación de la prisión provisional establecida por la Ley Orgánica 7/83 impone a los Fiscales:

1) Examen de las causas con presos para conocer si concurren los requisitos necesarios para decretar o mantener la prisión a tenor de los artículos 503 y 504, párrafos primero y segundo, vigentes desde el día 27 de abril de 1983.

2) Interesar de los Jueces y Tribunales la remoción de cuantos impedimentos existan para poder llegar al pronto señalamiento de los juicios orales y, en su caso, la celebración de éstos, provocando la expresa y oportuna resolución judicial que resuelva la petición fiscal.

3) Durante el plazo de «vacatio» de los párrafos tercero y cuarto del artículo 504, deberá atenderse al «tiempo razonable» contenido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para, en su caso, solicitar las oportunas libertades.

4) Transcurrido el plazo de los tres meses, se estará a lo expresado en el anterior apartado y a los plazos señalados en el artículo 504.

5) Llevar ficheros en los que se hará constar la fecha del comienzo de la prisión y el último día del plazo máximo de duración, para de esta manera, si continúa tal medida, interesar la libertad en momento oportuno anterior al *dies ad quem*.

INSTRUCCIONES SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 501, 5.º, DEL CODIGO PENAL (DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION EN LAS PERSONAS)

—Instrucción núm. 2/1983, de 16 de septiembre—

I

La Circular del día 1.º de julio de 1983, sobre «Medidas de ejecución inmediata ante la publicación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», dejaba constancia de que esta Fiscalía General del Estado impartiría nuevas instrucciones en la medida en que la concreta aplicación de los preceptos reformados demostrase la necesidad de dar a conocer los adecuados criterios de interpretación, que unificasen las actuaciones de las Fiscalías.

En cumplimiento de este propósito —ante la alarma social ocasionada por la frecuente repetición de hechos delictivos consistentes en atracos a entidades bancarias, comercios y actos análogos—, es conveniente formular algunas consideraciones sobre la penalidad con que el artículo 501, 5.º, del nuevo texto del Código Penal, castiga los delitos de robos con violencia o intimidación en las personas, su relación con la punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas y las medidas cautelares personales que se deben adoptar contra los autores de estas infracciones criminales.

II

Doctrina y jurisprudencia patria habían llamado desde antiguo la atención sobre el contrasentido que suponía la posibilidad de que, en determinados casos, el robo con violencia o intimidación en las personas estuviese castigado con pena de inferior gravedad al robo con fuerza en las cosas, pese a que en el primer delito el ataque contra la propiedad reviste una superior intensidad por llevar unido el quebrantamiento de la libertad y seguridad personal de la víctima.

La excesiva punición con que estaban castigados la mayoría de los delitos de robo, la directa aplicación de las circunstancias de agravación del artículo 506 y la posibilidad de incremento de las penas mediante el uso del artículo 511, así como la anterior redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dejaba reducida la cuestión presentada en el párrafo anterior a una mera discusión doctrinal, sin incidencia en la vida social.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 ha supuesto una trascendental modificación en la regulación de los delitos contra la propiedad. La nueva Ley establece una correcta proporcionalidad entre estos delitos y sus penas, no solamente mediante la disminución de aquellas sanciones excesivas, sino procurando que los ataques más intolerables contra el bien jurídico protegido estén castigados con penas superiores. Precisamente en esta línea el texto reformado ha suprimido el

criticado defecto de que el robo con violencia o intimidación pudiese estar menos sancionado que el robo con fuerza en las cosas. En cumplimiento de este propósito establece el artículo 501, 5.º: «Con la pena de prisión menor, en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mejor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste.» En consecuencia, la interpretación del citado precepto no deja lugar a duda de que la voluntad de la ley es la de castigar los casos de robo con violencia o intimidación en las personas con las mayores sanciones dentro del arco punitivo establecido para los delitos contra la propiedad.

El estudio del artículo 501, 5.º, en relación con los artículos 505 y 506 del Código Penal, nos permite señalar los siguientes supuestos en relación con las penas a imponer:

a) La pena de *prisión menor* corresponde a los delitos de robo con violencia o intimidación no comprendidos en alguno de los cuatro primeros números del artículo 501, en que la cuantía de lo robado no exceda de 30.000 pesetas.

b) *Prisión menor en su grado máximo* será la pena a imponer cuando, en el robo contemplado en el anterior apartado, resulta aplicable el último párrafo del artículo 501: «...hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudiere en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren».

c) *Prisión menor en su grado máximo* corresponderá a los robos con violencia o intimidación en las personas cuando la cuantía de lo robado supere las 30.000 pesetas y concurra el último párrafo del artículo 501 —transcrito en el apartado anterior— o alguna o algunas de las circunstancias reseñadas en el artículo 506, siempre que no sean supuestos comprendidos en el siguiente apartado.

d) Pena de *prisión menor* o *prisión mayor*, a juicio del Tribunal sentenciador, cuando el robo con violencia o intimidación en las personas, cuya cuantía supere las 30.000 pesetas, resulte agravado por la concurrencia de la circunstancia descrita en el número 1.º del artículo 506 —«el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos»— y conjuntamente con la anterior tenga aplicación la segunda del citado artículo —«el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias»—, la circunstancia tercera del citado artículo —«cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo»— o la circunstancia 4.ª del mismo precepto —«cuando se cometa contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte».

III

Las medidas cautelares que en los supuestos anteriores deberán ser solicitadas por los Fiscales, con la interposición —en su caso— de los pertinentes recursos contra las decisiones judiciales, difieren según el apartado en que el hecho delictivo esté incurso.

En los casos en que la pena correspondiente sea la de prisión menor o mayor —apartado II, d)—, la medida cautelar procedente será la prisión incondicional. La posible duda sobre la aplicación del primer inciso de la circunstancia 2.ª del artículo 503 —«que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor...»— debe ser resuelta en sentido positivo, ya que la pena de prisión menor o prisión mayor supera el tope legal establecido en el citado artículo 503, 2.º, en una de las alternativas y no puede aceptarse que la elección de la pena concreta a imponer, reservada al Tribunal sentenciador, sea anticipada por el Juez Instructor al fijar la medida cautelar. En cuanto a la modificación de la situación de prisión y tiempo de duración de dicha medida, debe estarse a lo señalado en las Instrucciones de esta Fiscalía General del Estado sobre la Ley Orgánica 7/83, de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En los restantes supuestos —apartado II, a), d) y c)— la situación personal puede ser tanto la de libertad provisional como la de prisión hasta que se preste la fianza que señale el Juez Instructor. Sin descartar que habrá casos en que resulte adecuada la inmediata libertad del detenido, es lo cierto que a la vista de lo dispuesto en el artículo 503, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —«... considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado...»—, la decisión correcta deberá ser la prisión con fianza.

La calidad y cantidad de la fianza debe ser objeto de una adecuada meditación en cada caso. El artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad Judicial». Por tanto, a la vista de las reseñadas circunstancias, debe fijarse en cada caso la fianza que, estando dentro de las posibilidades económicas del procesado, pues no debe convertirse la cuantía de la fianza en un modo de fijar la prisión incondicional, responda a los fines propios de tal medida, en razón a que la cantidad fijada contribuya a impedir, ante el temor de su posible pérdida, la fuga del presunto culpable.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN ENERO-FEBRERO
DE 1984 Y CON APLICACION EN
MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Fiscal y Profesor Titular de Derecho Penal de la U. A. M.

I) CONSTITUCION

ARTICULO 24,1

Derecho a la tutela judicial efectiva.

«La tutela efectiva supone no sólo que los recurrentes sean oídos, sino que tengan derecho a una decisión, fundada en derecho, ya sea favorable o adversa.

La suspensión de una decisión sobre el fondo en tanto en cuanto no se realice un trámite ante un órgano que no se ha constituido, incide en esta interpretación del artículo 24.1 que, al no corregirlo la judicatura, se configura como un defecto formal equiparable a las dilaciones indebidas del proceso prohibidas por el artículo 24.2 de la Constitución Española.»

(Sentencia de 14 de diciembre de 1983. R. A. 262/83 —«B. O. E.» de 11 de enero de 1984—. Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«El derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, y el de obtener la ejecución de la sentencia. En concreto, el derecho de acceso, según ha declarado el Tribunal, no comprende, con carácter general, el doble pronunciamiento judicial, es decir, la existencia de una doble instancia, pero cuando la Ley lo establece, el derecho fundamental se extiende a la misma en los términos y con el alcance previstos por el Ordenamiento Jurídico. Todo ello sin perjuicio de las peculiaridades existentes en materia penal, puestas de relieve en la sentencia 76/82, de 14 de diciembre («B. O. E.» de 15 de enero de 1983, F. J. 5).

(Sentencia de 23 de enero de 1984. R. A. 4/84. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

«Si el derecho constitucional a la tutela implica el derecho a acceder al proceso y a obtener una resolución fundada en derecho sobre el fondo de la cuestión debatida, constituye requisito ineludible para la debida prestación de la tutela la congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, de modo que aquél ha de sujetarse a los límites con que éste ha sido configurado, pues en otro caso la actividad procesal podrá haberse desenvuelto con arreglo a las normas jurídicas y constitucionales, pero su resultado constituirá una efectiva denegación de la tutela en cuanto que lo resuelto no será realmente supuesto planteado, sino un hipotético supuesto distinto y en la medida en que el objeto del proceso, por referencia a sus elementos subjetivos —partes— u objetos —causa de pedir y petitum— resulta alterado en el pronunciamiento judicial, la actividad en que consiste la tutela habrá sido indebidamente satisfecha y no porque la decisión judicial no sea acorde a la pretensión de la parte, sino porque no es congruente con ella.»

(Sentencia de 3 de febrero de 1984. R. A. 594/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Angel Escudero del Corral.)

«Cabe afirmar, en términos del auto de la Sala Segunda de 18 de febrero de 1983 que "siempre que en el juicio se dé oportunidad para que en él el acusado presente prueba de descargo sobre la acusación allí formulada, no puede decirse que no haya conocido a tiempo la acusación...". Y ello es aplicable al presente recurso. Tuvieron también acceso sin obstáculo a la apelación. Si a ello añadimos que los recurrentes no pidieron, como pudieron hacerlo (art. 6 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), en caso de eventual citación defectuosa, el aplazamiento del juicio, habremos de concluir que no se produjo la alegada indefensión y el juicio fue correcto.

La citación que se dirigió por el Juzgado de Distrito como responsable civil subsidiario no incluía el apercibimiento específico prescrito por el artículo 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino la advertencia genérica del artículo 175 de la misma Ley de que, de no comparecer, le pararían los perjuicios a que hubiera lugar en derecho. Hay que recordar —Sentencia de 14 de marzo de 1983— que "no toda irregularidad formal en la resolución puede intentar reconducirse al terreno de su inconstitucionalidad por la vía del recurso de amparo sino aquellos que tengan trascendencia en relación con la observación de los principios que se encuentran en la base del precepto constitucional". Aunque la irregularidad no se haya cometido en la resolución recurrida, sino en el iter que a la misma condujo, es aplicable aquí todo lo dicho para descartar la indefensión alegada.

La condena como responsable civil directa y solidaria no ha supuesto una "completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal" ni ha engendrado una de las "especiales ocasiones" a que la sentencia de 5 de mayo de 1982 se refiere. Y ello porque el título en cuya virtud se reclamaba por las acusaciones la responsabilidad subsidiaria de la Empresa era exactamente el mismo —la relación entre Empresa y tra-

bajador— que sirvió de apoyo al juzgador para declarar la solidaria, no habiendo sido infringido tampoco por este lado el mencionado artículo 24 de la Constitución.»

(Sentencia de 6 de febrero de 1984. R. A. 84/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Antonio Truyol Serra.)

ARTÍCULO 24,2

Derecho a la prueba

«El derecho a la prueba es, ciertamente, una de las garantías que constitucionaliza el artículo 24,2 y podrá sustentarse un amparo en una denegación de prueba que haya provocado la indefensión; podrá argüirse con algún fundamento que se produce indefensión cuando la no realización de la prueba por su realización con los hechos a los que anudar la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del recurrente.»

(Sentencia de 7 de diciembre de 1983. R. A. 109/83. —«B. O. E.» de 11 de enero de 1984—. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

Derecho a la defensa.

«El derecho a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada a ser asistida por un intérprete cuando no comprende o no puede expresarse fluidamente en el idioma utilizado por el Tribunal —tal resulta de la interpretación del artículo 24 de la C. E., de conformidad con el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales—; derecho, por otra parte, que ya aparece recogido en los artículos 398, 440, 441 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La falta de notificación de la sentencia no ha originado la vulneración del artículo 24 de la C. E., pues ni afecta a la justicia del fallo ni ha impedido la interposición del recurso de amparo; se trata, en todo caso, de una cuestión de mera legalidad que, al no afectar a los derechos constitucionales del recurrente, queda fuera del ámbito constitucional de este Tribunal.»

(Sentencia de 24 de enero de 1984. R. A. 5/84. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Gloria Begué Cantón).

Presunción de inocencia.

«La presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud de la cual incumbe a quien acusa aportar las pruebas destructoras de aquella

presunción "juris tantum". No puede imputarse, en principio, a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario.

Si con los mismos elementos probatorios otro Tribunal, el de apelación, "apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio" llega a un resultado contrario al del Juzgador de instancia, y, en este caso, al convencimiento razonable y razonado de la culpabilidad de los antes absueltos, no por ello puede afirmarse violación alguna contra la presunción de inocencia, siempre que las pruebas practicadas en el juicio sean las que le proporcionen fundamento para su convicción.»

(Sentencia de 21 de diciembre de 1983. R. A. 375/83. —«B. O. E.» de 14 de enero de 1984—. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

«Se desconocerá la presunción de inocencia cuando sin prueba o prescindiendo de la prueba se declara la culpabilidad, pues las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación.

Nuestro Código Procesal Penal (art. 406) no estima bastante la confesión del presunto reo para dar el hecho por probado, sino que, por el contrario, procura que se busque la comprobación a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito, a lo que sirve, ante todo, el interrogatorio del procesado y que, en cuanto al otro alegato de error de hecho en la apreciación de la prueba podrá ampararse el mismo en un documento que, reuniendo formalmente las características de veracidad en lo externo, resulte por su contenido justificador de modo excluyente del hecho que lo motiva. Pues bien, uno y otro alegato, con ser inconsistentes para desvirtuar el juicio de culpabilidad, porque en cuanto a lo primero, no se ha incumplido lo que dispone el mencionado artículo 406, y en cuanto al error de hecho, el documento en que se funda esta denuncia no resulta plenamente justificador de modo excluyente del hecho o hechos que la motivan, no se sitúan en el terreno de la falta de medios probatorios y tampoco en el de prescindencia de la prueba, sino de la apreciación o valoración de la llevada al juicio oral, que pertenece al ámbito de la potestad y responsabilidad del juzgador penal, pues a él incumbe valorar, en conciencia, el resultado de las pruebas (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).»

(Sentencia de 18 de enero de 1984. R. A. 240/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

«La ilicitud de la diligencia aludida (declaración ante la policía fuera del local del Juzgado, con anterioridad judicial) no provocaría su exclusión de la causa, sino la prohibición de su apreciación como prueba, prohibición que habría de regir con independencia de la licitud o ilicitud de la misma, pues (ver Sent. de 28 de julio de 1981. R. A. núm. 113/80) los atestados po-

liciales tienen el valor de simples denuncias, en tanto no sean reiteradas y ratificadas a presencia judicial. De modo que si no hubiese más prueba de cargo, habría de concluirse que la presunción de inocencia habría sido vulnerada; pero el examen de las actuaciones pone de manifiesto que el Tribunal sentenciador pudo basar su fallo condenatorio en dos declaraciones inculpatorias realizadas a presencia judicial y, siendo ello así, no puede decirse que no concurra aquella mínima actividad probatoria de cargo que impide apreciar la presunción de inocencia.»

(Sentencia de 30 de enero de 1984. R. A. 245/83. —«B. O. E.» de 13 de febrero de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

ARTÍCULO 53,2

Recurso de amparo.

«Un análisis de lo que disponen los artículos 117.3 y 123.1, ambos dentro del título que la Constitución dedica al Poder Judicial, y de lo que establecen los artículos 53.2, 161.1.b) y 162.1.b), también de la Constitución, en cuanto al llamado recurso de amparo para la defensa de los derechos y libertades que dice el artículo 53.2, atribuido al conocimiento de este Tribunal, pone de relieve que es a los Jueces y Tribunales a los que corresponde en exclusividad el control de las violaciones de la legalidad ordinaria, que, no traspasando este ámbito, se plantea en los procesos de que conocen, tanto en la vertiente sustantiva como en la atinente al proceso, pero también este análisis enseña que correspondiendo al Tribunal Constitucional el velar por los derechos que dice el artículo 53,2, a los que se dota de una protección jurisdiccional reforzada en cuanto se abre a ellos el acceso a este Tribunal por la vía singular del amparo, no podrá ser ajena al enjuiciamiento que se haga en tal proceso la legalidad ordinaria y no sólo, desde el punto de vista de su constitucionalidad, función de incumbencia de este Tribunal, sino, además, desde el ángulo de su interpretación y aplicación, en la medida que ello es necesario para juzgar acusadas violaciones de derechos constitucionales.»

(Sentencia de 18 de diciembre de 1983. R. A. 123/83. —«B. O. E.» de 11 de enero de 1984—. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44,1, a) y b)

Previo agotamiento de los recursos en la vía judicial. Origen directo e inmediato de la violación en las resoluciones impugnadas.

«La pretendida falta de garantías por haber autorizado el Juez de Instrucción a un inspector de Policía que pudiera retener al recurrente para prestar declaración fuera del Juzgado no fue recurrida y no hubo intento

alguno de repararla en contra de lo prescrito en el artículo 44,1,a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por otro lado, tampoco la pretendida prueba de la declaración ante la Policía ha sido considerada como única en las sentencias de referencia y en ellas no se han sacado consecuencias desfavorables para los recurrentes de las infracciones procesales que se denuncian respecto de las garantías procesales y de la declaración ante la Policía. El hecho de que las referidas presuntas violaciones no tengan su origen inmediato y directo de las sentencias impugnadas nos permite concluir que incurrir en los motivos de inadmisión previstos en el artículo 44, 1 a) y b) y 50, 1, b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en el presente trámite procesal de sentencia operan como causas de desestimación del recurso.»

(Sentencia de 30 de enero de 1984. R. A. 245/83. —«B. O. E.» de 13 de febrero de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

ARTÍCULO 44,1,b

Origen directo e inmediato de la violación en las resoluciones impugnadas.

«Si, como dispone el artículo 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la vulneración ha de tener su origen inmediato y directo en el acto y omisión del órgano judicial, en el caso presente, de haberse producido tal violación hay que residenciarla en la sentencia dictada tras la celebración del juicio verbal de faltas sin posibilidad de defensa del denunciado, resolución que aquí no se impugna y sin que pueda entenderse que tal omisión queda subsanada al dirigirse el recurso de amparo contra la resolución judicial denegatoria de la nulidad de actuaciones que se postulaba por aquel mismo defecto de citación irregular, porque en realidad esta última resolución no hace otra cosa que mantener o persistir en el criterio de haberse actuado correctamente por parte del juzgador, criterio representado en la sentencia condenatoria, causante, en su caso, de la violación que ahora se denuncia y que, como ya se apuntó, pudo dar lugar al recurso de amparo, dentro del plazo legal, cuando el interesado comunicó la sentencia, que consistió palmariamente al no intentar apelarla.»

(Sentencia de 2 de febrero de 1984. R. A. 150/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Francisco Pera Verdaguer.)

ARTÍCULO 44,1,c

Invocación del precepto constitucional vulnerado.

«El precepto invocado no exige necesariamente la cita formal del concreto precepto constitucional presuntamente vulnerado, sino que basta la del derecho consagrado por el precepto de que se trate, debiendo, en todo caso, interpretarse dicha exigencia con un criterio finalista, es decir, del

objetivo que persigue dicha invocación, al que este Tribunal Constitucional se ha referido también en reiteradas ocasiones —y de acuerdo con el principio *pro actione*.»

(Sentencia de 12 de diciembre de 1983. R. A. 117/83. —«B. O. E.» de 11 de enero de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

«Procede denegar el amparo, bien porque debiendo dirigirse contra la sentencia de la Audiencia Nacional no se ha deducido la demanda contra la misma, cumpliendo además lo que dispone el artículo 44, 1, c) de la L.O.T.C., pues es bien claro que no se denunció ante el Tribunal Supremo a través del recurso de casación la violación del artículo 24,2, de la Constitución, bien porque entendiendo el amparo dirigido contra la sentencia de casación no cabe imputar a ella, de modo directo e inmediato, la violación constitucional que se denuncia, porque si lo que se acusa es que se condenó sin pruebas, la vulneración podría estar en la sentencia de la Audiencia, mas no en la de casación.»

(Sentencia del 18 de enero de 1984. R. A. 240/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1974—. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

«No haber sido invocados en tiempo y forma la violación de los derechos en el proceso antecedente, se convierte por ello en causa de inadmisión, causa que en la actual fase procesal lo es de desestimación del recurso.»

(Sentencia de 18 de enero de 1984. R. A. 240/83. —«B. O. E.» de 18 de febrero de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 160

Notificación de la sentencia.

V. sentencia de 24 de enero de 1984 sobre *derecho a la defensa* —artículo 24,2 de la C. E.

ARTÍCULO 297

Valor del atestado policial.

V. sentencia de 30 de enero de 1984 sobre *presunción de inocencia* —artículo 24,2 de la C. E.

ARTÍCULO 398

Intérprete.

V. sentencia de 24 de enero de 1984 sobre *derecho a la defensa* —artículo 24,2 de la C. E.

ARTÍCULO 406

Confesión del reo.

V. sentencia de 18 de enero de 1984 sobre *presunción de inocencia* —artículo 24,2 de la C. E.

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba.

V. sentencias de 21 de diciembre de 1983 y 18 de enero de 1984 sobre *presunción de inocencia* —artículo 24,2 de la C. E.

ARTÍCULO 965 Y ARTÍCULO 3 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Citación de parte.

V. sentencia de 6 de febrero de 1984 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva* —artículo 24,1 de la C. E.

ARTÍCULO 968 Y ARTÍCULO 6 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Aplazamiento del juicio.

V. sentencia de 6 de febrero de 1984, citada en el artículo anterior.

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º Dolo: comprende la conciencia y voluntad del acto y además la conciencia de su ilicitud.

«El dolo o intención, que no puede presumirse —según tenía declarado esta Sala en la última jurisprudencia interpretando el párrafo segundo del artículo 1.º del Código penal y que hoy consagra el mismo artículo en la nueva redacción dada por Ley 8/1983, de 25 de junio— es un estado de conciencia interno, inasequible a la observación directa de los extraños, y que se manifiesta por hechos exteriores del agente; y de aquellos hechos aparece no sólo la conciencia y voluntariedad del acto, sino también la conciencia de su ilicitud, que sólo se podría haber desvanecido, de haberse alegado y probado un error de hecho o derecho, según la antigua terminología, ahora error de tipo, error de prohibición.» (Sentencia de 17 de noviembre de 1983.)

Artículo 3.º Tentativa desistida: fundamento de la exclusión de la responsabilidad criminal. No es necesaria la pena.

«Modernamente, se justifica la impunidad aludiendo a que es una situación de peligro que desaparece, una intranquilidad original de los miembros de la comunidad que cesa, una voluntad de renuncia del agente a recorrer íntegramente el «íter criminis», y una pérdida de intensidad de la voluntad delictiva, añadiéndose que, la tentativa desistida, ya no se presenta como una forma intolerable de comportamiento delictivo y que el orden jurídico se mantiene, merced al desistimiento, sin necesidad de imponer pena alguna.» (Sentencia de 21 de diciembre de 1983.)

Artículo 4.º La conspiración inicial queda consumida por la realización posterior de actos de inducción.

«La conspiración para delinquir, que existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, desaparece y se disipa como forma punible sancionable, cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que éstas sean, ya que entonces, esas

ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser éstos puestos en marcha, y esto sentado es indudable que el recurrente no es un conspirador del delito de robo que la sentencia combatida define y sanciona como debe, sino un ejecutor del mismo por la vía de la inducción directa en cuanto que, no solamente se puso de acuerdo con sus otros compinches para cometerlo en la forma que la resolución contradicha refiere, sino que intervino en él, valiéndose de otra persona, con actos útiles para su realización, cuales fueron los de instigar y convencer.» (Sentencia de 5 de diciembre de 1983.)

Artículo 6 bis a) Error invencible sobre la prohibición: la falta de conciencia de la antijuridicidad elimina el dolo.

«En el orden de la culpabilidad no puede estimarse que haya concurrido el requisito del dolo, pues como es obvio, éste queda eliminado por la creencia racional y fundada de que se obra conforme a Derecho, y la racionalidad de la creencia del procesado de que no quebrantaba un precepto penal de derecho sustantivo se justifica por el hecho expuesto en el primer considerando, acerca del confusiónismo que existe sobre las competencias legalmente atribuidas a los distintos profesionales o técnicos, tanto de grado superior como de grado medio, quedando remarcada la racionalidad de la creencia o buena fe del procesado, por el hecho de que el proyecto hubiese sido visado por el correspondiente colegio, que si bien, ciertamente, en absoluto sirve para revestir de juridicidad al comportamiento antijurídico, sí debe ser valorado a los referidos de robustecer la racionalidad de la creencia excluyente del dolo.» (Sentencia de 19 de octubre de 1983.)

Artículo 6 bis a) Error sobre la prohibición. Leyes penales en blanco: la ignorancia de la remisión normativa no excusa de su cumplimiento.

«El dolo como actividad psíquica voluntariamente intencional y maliciosa, radica en el hondón de la personalidad del infractor y no puede ser captado por el juzgador, sino a través de las conductas físicas exteriorizadas y de las consecuencias materializadas de las mismas y en este caso de la tenencia de tales útiles unida a las propias manifestaciones del inculpado, que pone de relieve que los móviles de tal conducta eran voluntariamente queridos a pesar de su ilicitud, que no alcanza a excluir el pretendido error de derecho o de prohibición penal sobre la necesidad de licencia y guía para la tenencia de un arma de fuego, por ser conocida y notoria la ilicitud de tal conducta que se halla por otra parte en contradicción con el principio jurídico de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento sobre todo si se trata de leyes penales o de disposiciones legales que alcanzan tal rango por resultar necesarias para integrar o completar una norma en blanco o un tipo penal como sucede en el presente caso, por lo que su pretendido desconocimiento no alcanza a producir el efecto excusante invocado en el único motivo del recurso que por ello debe ser rechazado.» (Sentencia de 3 de noviembre de 1983.)

Artículo 8, 4.º a) Legítima defensa. Por agresión ilegítima hay que entender toda acción susceptible de poner en peligro un bien jurídico.

«Que el viejo criterio doctrinal y jurisprudencial, tradicionalmente dominante, de equiparar "agresión" y "acometimiento", o sea, la de configurar la agresión como la constituida por los actos de fuerza o violencia física o material, ya ha sido totalmente superada por la moderna doctrina científica representada por jóvenes y agudos penalistas, así como por la más reciente jurisprudencia; entre otras, por las Sentencias de 14 de diciembre de 1970, y 22 de noviembre de 1974, en el sentido de que debe conceptuarse como agresión, a efectos penales, toda acción susceptible de poner en peligro un bien jurídico protegible, emancipando el concepto de «agresión» de las mezquinas limitaciones que le habían sido impuestas por la doctrina durante tanto tiempo imperante.» (Sentencia de 6 de octubre de 1983.)

Artículo 8, 4.º, b) Legítima defensa: necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión injusta.

«La doctrina jurisprudencial, en sus más recientes y reiterados pronunciamientos, viene negando que la necesidad haya de ser absoluta y que deba existir exacta proporcionalidad o equiparación entre los medios empleados, exponiendo que la Ley habla de que la necesidad del medio debe ser «racional», y esta adjetivación está paladinamente revelando una flexibilización, graduación o relatividad, en la que debe atenderse con adecuada valoración a los bienes jurídicos atacados, a las circunstancias del hecho, lugar, ocasión, medios empleados, al desvalimiento de la víctima, o a la posibilidad de auxilio o de huida decorosa y sin riesgos, sin desdeñar el aspecto subjetivo, también presente en las decisiones de esta Sala, pues en los angustiosos momentos de la agresión no es posible la reflexión y serenidad de juicio para elegir medios de defensa proporcionados y para limitar o medir ésta a lo estrictamente necesario para repeler la agresión, ya que no puede prescindirse de la opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formarse sobre la existencia y gravedad del riesgo creado para su vida o integridad física.» (Sentencia de 22 de abril de 1983.)

Artículo 8, 4.º, c) Legítima defensa: doble proyección de la falta de provocación suficiente al extenderse tanto a la agresión como a la defensa.

La falta de provocación suficientes es «requisito que, no en balde, ha sido calificado como bifronte, en tanto en cuanto se proyecta a la agresión como a la defensa, es decir, agresión no provocada, como defensa ajena a la provocación, habiendo destacado la doctrina y jurisprudencia patrias que la dificultad estriba en determinar esa suficiencia en tanto en cuanto bascula en una causalidad, que, al fin y a la postre, ha sido reconducida siguiendo el criterio de la causalidad adecuada, y así, ya la Sentencia de 14 de diciembre de 1912 apuntó que ni es lo mismo provocar que dar motivo u ocasión, y la de 24

de abril de 1933 entendió que la provocación no fue adecuada, bastante y proporcionada a la agresión, criterio que comparte la más reciente de 15 de noviembre de 1982 al entender que la provocación suficiente debe parificarse a provocación causal respecto del ataque, esto es, que sea bastante y adecuada para originar la agresión sin que la justifique plenamente, para acabar entendiendo que tanto la adecuación como la eficiencia están clamando por la inmediatez para completar el círculo que enmarca el concepto legal, como así lo proclamaron las Sentencias de 11 de octubre de 1943, 28 de septiembre de 1944 y 15 de marzo de 1952.» (Sentencia de 9 de diciembre de 1983.)

Artículo 8, 11.º Ejercicio legítimo de un derecho. Derecho constitucional a la libertad de expresión: sus limitaciones.

«Que el tercer argumento, con el que se pretende demostrar la falta de ánimo de injuriar, es el derecho constitucional a la libertad de expresión. En efecto, el artículo 20 de nuestra Ley Constitucional consagra el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones, mediante la palabra escrita o cualquier otro medio de reproducción. Pero este derecho no es absoluto; según la propia Constitución, tiene sus límites: uno «los derechos reconocidos en este título», según el núm. 4 de dicho precepto; y otro y especial es el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros. Estas limitaciones ya venían consagradas en las Constituciones históricas españolas, al hablar la Constitución de 1812 de «las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes»; la de 1837, del uso de dicha libertad «con sujeción a las leyes», que coinciden en general con las de Derecho comparado, destacando, muy especialmente, la Ley Fundamental de Bonn, que establece como límites las leyes generales, las de protección a la infancia y a la juventud y el derecho al honor (art. 5.º). Por tanto la limitación a la libertad de expresión antes señalada es auténticamente constitucional y, como ha dicho esta Sala, no es un derecho absoluto, ya que la constitución le señala sus justos límites que, en suma, se remueven acertadamente entre la libertad y la honorabilidad, y se remite al artículo 10, del propio texto constitucional, como criterio interpretativo, además del ámbito que a la misma señalan la Declaración de Derechos Humanos que son las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general (Sentencia de 24 de julio de 1982), o bien, como afirma la sentencia de 19 de enero de 1982, el derecho al honor ha de ser salvaguardado mediante la puesta en juego de ciertos criterios ponderativos que en cada sujeto y caso, enjuicien la posibilidad de lesión de los mismos, constitutivas de delito o falta. Y así queda perfilado legal y jurisprudencialmente el derecho a la libertad de expresión, a fin de evitar que bajo la máscara del mismo se hagan incursiones devastadoras y distorsionadoras de los patrimonios, más íntimos, sagrados y consustanciales con la persona, cual es el del honor.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 9, circunstancia 1.ª Neurosis obsesiva compulsiva.

«Que en la denominada neurosis obsesiva compulsiva, la cual parece reflejar el «factum» de la sentencia recurrida al aludir —con referencia al recurrente a una neurosis con desequilibrios emocionales, irritabilidad y rasgos

obsesivos—, la conciencia de los actos está perfectamente conservada y lúcida, pero se reproduce en estos sujetos una lucha violenta y dramática entre la voluntad y la idea obsesiva, en que no siempre salen victoriosos los frenos inhibitorios de aquélla, pues es característico de este enfrentamiento un cierto estado de ansiedad anímica que produce una situación de tensión de la que puede pasarse a la acción en un momento de claudicación o ante un agente o factor provocativo, y en estos casos puede hablarse de un déficit de voluntad o de una débil respuesta inhibitoria a la situación obsesiva que justifica la atenuación privilegiada prevista en el artículo 9.1 en relación con el 8.º.1 del Código Penal (vid. sentencias de esta Sala de 20 de mayo, 6 y 26 de junio de 1981 y 12 de junio de 1982), y, por ende, procede la estimación del único motivo del recurso por infracción de Ley.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 9, circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación: los estímulos desencadenantes han de ser lícitos, justos y poderosos.

«Cuando de la atenuante de arrebato u obcecación se trata, la última doctrina jurisprudencial (Sentencia de 25 de enero último, por más reciente) ha entendido que requiere que el agente obre o actúe impulsado por estímulo o incitaciones reales serios, externos, procedentes del ofendido, lícitos, legítimos, justos y poderosos, de tanta gravedad e intensidad que desencadenen una emoción esténica, fulgurante, explosiva, fugaz la primera y duradera la segunda, que oscurezca u ofusque el entendimiento o que aminoren o disminuyan los frenos inhibitorios o facultades de autocontrol, circunstancias que no concurren en quien tan sólo se dice que es intransigente y muy impulsivo.» (Sentencia de 16 de junio de 1983.)

Artículo 10, circunstancia 8.ª Abuso de superioridad: carácter objetivo.

«La agravante de abuso de superioridad no la constituye el hecho de ser mujer la ofendida y hombre el agresor, sino que teniendo apreciación objetiva se basa en la posición o situación de ventaja en que el agresor se encuentre en relación con la víctima, prevaleciéndose de ella, aunque no se busque de propósito, produciendo una manifiesta desigualdad entre ellos, desigualdad que puede ser física o instrumental, viniendo a ser como una alevosía de segundo grado.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 12, número 1.ª Negación de la teoría del acuerdo previo. Autoría en sentido estricto (artículo 12, número 1.º) y participación del número 1.º del artículo 14 equiparada a la autoría.

«Que la doctrina del llamado «acuerdo previo» que atribuye la consideración de coautores a todos los que han intervenido en él, siendo indiferente la naturaleza ejecutiva, preparatoria o de simple ayuda, de la participación material de cada uno en la realización objetiva del hecho, viene siendo superada por el más reciente criterio de esta Sala al exigir, además del concierto

delictivo que patentiza o evidencia el «animus auctoris», la realización de actos consumativos de la figura de delito prevista en la Parte especial del Código —autoría del artículo 12-1.º—, o tomar «parte» en la ejecución del hecho —participación del artículo 14-1.º—.» (Sentencia de 2 de febrero de 1983.)

Artículo 14, 1.º Coautoría: dominio del hecho, distribución de funciones.

«Otro tanto puede decirse del motivo tercero que considera infringido el artículo 14 del Código Penal, cuya argumentación es que no es autor del robo el que concertado con otro, con propósito de beneficio, se trasladan en automóvil al lugar del hecho, un Restaurante, queda en la puerta, gritando quietos que nadie se mueva, mientras su compinche, con revólver, apuntando al Cajero, realiza materialmente el apoderamiento de la cantidad sustraída. La argumentación ha sido suficientemente desautorizado en los razonamientos anteriores, a los que había que añadir, que ha quedado de lleno incurso en el artículo 14-1.º del Código Penal al tomar parte directa en la ejecución del hecho, porque hay dominio del acto, acuerdo de voluntades, unidad de acción y mutuo consenso, distribución de actos ejecutivos o cooperación directa y causante, como afirma la doctrina de esta Sala, con voluntad solidaria de causar un resultado antijurídico.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 14, 1.º Coautoría sucesiva.

«Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido admitiendo la llamada coautoría sucesiva en virtud de la cual se reputa autor a quien toma parte en la ejecución de un hecho que otro comenzó a ejecutar sumado su esfuerzo al del primero para el logro del resultado típico propuesto, alcanzando la consumación del delito, por lo que también procede desestimar este recurso.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 14, 2.º Inducción: influjo psíquico. Autoría moral.

«El acusado ejerció un influjo psíquico sobre las procesadas, anterior o coetáneo al hecho de autos, directo, eficaz, doloso y «sine qua non», mediante el cual, dichas acusadas, incitadas y persuadidas por el imputado, de modo relevante, determinaron y decidieron perpetrar la dinámica comisiva de autos de modo personal, material y directo, mientras, el recurrente, tras manejar los hilos de la trama, permanecía en la sombra como mero autor moral e indirecto de lo efectuado.» (Sentencia de 20 de octubre de 1983.)

Artículo 14, número 3.º Cooperación necesaria: esperar al volante mientras se perpetra un robo.

«La cooperación de quien espera al volante de un automóvil la salida de su co-reo o co-reos del lugar donde han perpetrado un delito de robo a mano armada, es esencial, si no para la ejecución, sí para la consumación de la

referida infracción, así como para lograr la disponibilidad de los efectos de los que se han apoderado, constituyendo cooperación «sine qua non» de quien tiene el dominio del acto y en cuya mano está que se consiga o fracase lo planeado y proyectado, sin que los ejecutores propiamente dichos puedan encontrar, en ese momento, otro auxilio que el que les proporciona quien les aguarda con el automóvil preparado para propiciar una rauda fuga imposibilitando tanto su captura como la recuperación de lo sustraído.» (Sentencia de 27 de junio de 1983.)

Artículo 16. Complicidad omisiva. Requisitos.

«Cuando de complicidad omisiva se trata, la jurisprudencia patria ha venido exigiendo la concurrencia de distintos elementos, cuales son: a) el objetivo representado por la simple omisión, siempre y cuando reúna los caracteres de eficaz, pero nunca necesaria, en orden a la producción del resultado; b) el subjetivo, representado por el dolor o **animus adjuvandi** para la producción del resultado, y, c) el normativo, que es el que acaba de dar todo su sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente, que le coloca en posición de garante, es decir, que le obliga a garantizar la no producción del resultado, que le incumbe a él personalmente, en cuanto dio la vida al peligro o daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto, por más específico, del deber genérico de impedir determinados delitos, según reza el contenido del artículo 338 del Código Penal (Sentencias de 10 de abril de 1981 y 10 de diciembre de 1982.» (Sentencia de 28 de octubre de 1983.)

Artículo 17, 3.º Admisión del encubrimiento en cadena.

«Que son elementos esenciales de la figura penal del encubrimiento, el subjetivo del conocimiento del delito anterior cometido y el objetivo de la conducta auxiliadora o complementaria, de los partícipes principales del delito. Se sigue cuestionando en la doctrina, si ésta actitud auxiliadora se cumple sólo con autores o cómplices o también con el propio auxiliador encubridor. Mientras una facción mantiene que no es punible el encubrimiento del encubrimiento, pues se dice que el encubridor es partícipe de un delito y no partícipe de otro partícipe (forma ésta última generalmente atípica); otra entiende que hay posibilidad de que exista un segundo encubridor, que se convierte en encubridor secundario o mediato del autor o cómplice, e inmediato del encubridor primario, figura que no se separa de la estructura técnico jurídica del encubrimiento, ni de la finalidad de política criminal que persigue. Ante la disyuntiva, la doctrina de esta Sala ha optado por la segunda solución, admitiendo el encubrimiento en cadena tanto para los supuestos de encubrimiento del artículo 17, como los cometidos con ánimo de lucro del artículo 546 bis a), en éstos más fáciles de apreciar dadas las características de delito autónomo que tienen (Sentencias de 12 y 25 de noviembre de 1974).» (Sentencia de 20 de diciembre de 1983.)

Artículo 22. Responsabilidad civil subsidiaria de personas no responsables criminalmente. Quedan excluidas las actividades que se ejecutan contra la voluntad expresa del responsable subsidiario.

«Que la doctrina de esta Sala, sobre responsabilidad civil subsidiaria, con normativa legal en el artículo 22 del Código Penal, marca una evolución progresiva, a través de una interpretación extensiva, en la que se pone de manifiesto la aplicación, no solamente de aquellos principios o fundamentos de la culpa «invigilando» o «in eligendo», sino también principios de responsabilidad objetiva, patrocinados por las teorías de creación del riesgo y de benefactor de actividades ajenas, en las que se debe asumir la carga económica derivada de las acciones realizadas por el autor de la infracción penal, determinantes de perjuicios a terceros, cuando no pueden ser resarcidas por el patrimonio de éste, dada su insolvencia. Los condicionamientos o requisitos para que esta responsabilidad civil subsidiaria pueda tener lugar, son los siguientes: a) La existencia de una relación entre el autor del delito y la persona contra la que se pretende la efectividad de la responsabilidad civil, caracterizada por la existencia de cierta dependencia, en la función o actividad que constituye la dinámica del delito; y b) Que el agente de la actividad delictiva, actúe dentro de la función o relación de dependencia, quedando únicamente excluida aquellas actividades que se ejecuten contra la prohibición expresa del presunto responsable subsidiario, con lo que las simples extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado, no dejan exoneradas las responsabilidades civiles de esta naturaleza.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 24. La retroactividad de las leyes más favorables alcanza también a las no estrictamente penales que complementan una ley penal en blanco.

«Que por ley penal a efectos del artículo 24 del Código Penal, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tano, no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas, que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el artículo citado.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 24. Retroactividad de la ley penal más favorable, no obstante la desestimación del recurso.

«Que, no obstante haber sido desestimado el recurso por las razones expuestas en los anteriores Considerandos, esta Sala entiende ser más beneficioso para el acusado la aplicación de los pertinentes artículos de la Ley Orgánica

8/1983, de 25 de junio, reformadora del Código Penal, en cuanto tales preceptos son de aplicación taxativa y no entrañan el ejercicio de arbitrio judicial reservado a la instancia; aplicación de oficio que se hace por esta Sala, no sólo en gracia a obvias razones de economía procesal que agilizan la administración de justicia penal, sino por razones dogmáticas que se deducen de la vigente Constitución en cuanto la misma consagra en su artículo 9-3 el principio de legalidad y la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas, lo que implica «a sensu contrario» la imperatividad de la retroacción favorable al reo, dotando de rango constitucional al artículo 24 del Código Penal, formulador de dicho clásico axioma; principio de legalidad que se fórmula de nuevo en lo penal por el artículo 25-1 de la Constitución, lo que implica, a su vez, por imperio del artículo 53-1 de la misma Constitución, su vinculación para todos los Poderes Públicos y la posibilidad de aplicación directa por todos los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional; todo lo cual permite a esta Sala, no obstante la desestimación del recurso, el dictar seguidamente Auto complementario de esta sentencia en el que se haga aplicación de la última reforma penal en cuanto se estima más beneficiosa para el recurrente salvando el principio de audiencia previa con la posibilidad del recurso de súplica contra esta última resolución rectificadora.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1983.)

Artículo 28. Si la pena de multa, por razón de delito, viene impuesta juntamente con otra privativa de libertad, la inferior en grado puede ser inferior a treinta mil pesetas.

«Que como reiteradamente tiene declarado este Tribunal cuando la pena de multa venga impuesta como principal, no puede bajar de la cuantía procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 28-1.º, en cuanto que un delito no puede ser sancionado con pena inferior a la mínima establecida para este tipo de infracciones, pero cuando la pena venga impuesta como conjunta, o sea, como privativa de libertad y multa, esta Sala tiene declarado, que en tal caso, si el Tribunal degrada, por las razones que fueren, la privativa de libertad ha de degradar, igualmente, la de multa, de manera que el grado inferior a la de multa legalmente señalada para el delito de que se trate, ha de formarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, reduciendo de su cifra mínima la mitad de la pena inferior, sin que en este caso entre en juego la limitación impuesta en el artículo 28, por lo que como la Sala de instancia no procedió así a los efectos de rebajar en dos grados la pena de multa al igual que hizo con la privativa de libertad, procede estimar el segundo de los motivos del recurso.» (Sentencia de 16 de febrero de 1983.)

Artículo 60. Comunicabilidad de las circunstancias: no basta tomar conocimiento de la concurrencia en el momento de perpetrar el hecho el autor.

«Que conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal, para que las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, sean comunicables a

los demás partícipes es necesario que éstos tuvieran conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, habiéndolo declarado esta Sala, en multitud de ocasiones, que dicho conocimiento ha de ser referido al momento en el que realicen «su acción» o «su cooperación» aquellos a los que ha de comunicarse no bastando pues, que, únicamente, adquieran tal conocimiento en el momento de perpetrar el hecho punible el autor directo que, personalmente, hubiese empleado las modalidades generadoras de la agravante y, a su vez, que el conocimiento no se presume, sino que ha de quedar debidamente probado.» (Sentencia de 11 de octubre de 1983.)

Artículo 69. **Tras la supresión del artículo 50 del Código penal, en caso de homicidio preterintencional, del tipo lesiones-muerte, existe concurso de delitos (lesiones dolosas y homicidio culposo).**

Tanto el Tribunal de Instancia como el Tribunal Supremo consideraron que no hubo intención de matar, aun cuando sobrevino el resultado de muerte, en quien infirió a otro unas lesiones que, según el relato de hechos probados, hubieran tardado en curar un plazo superior a treinta días e inferior a noventa. Por aplicación del derogado artículo 50 del Código penal se impuso la pena de las lesiones (número 4.º del artículo 420) en su grado máximo, y el Tribunal Supremo añade que «al haber sido suprimido el artículo 50 del Código Penal por la reforma parcial de dicho Código introducida por la Ley de 25 de junio de 1983 el hecho de que, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria de esta Ley, proceda revisar las sentencias para acomodarlas a la nueva normativa, queda supeditado a que la aplicación de la nueva normativa resulte más favorable al reo, circunstancia que no concurre en el caso de autos, ya que de aplicar la normativa en vigor el procesado resultaría perjudicado en cuanto que habría que penar un delito doloso de lesiones y otro de homicidio por imprudencia.» (Sentencia de 4 de noviembre de 1983.)

Artículo 69. **Delito complejo: diferentes soluciones cuando concurren varios elementos en el complejo.**

«Ha sido objeto de resoluciones, no del todo coincidentes, de esta Sala, la solución al problema que presentan los delitos complejos, cuando el delito base que absorbe al que podría llamarse secundario, va acompañado por varios de éstos y no por uno solo. Se ha presentado el problema principalmente en delitos de frecuente producción: robo con varios homicidios, robo con varias violaciones. También ha sido frecuente en supuestos de atentado acompañado de varias muertes que castiga el artículo 233 del Código Penal. Entre los criterios que la doctrina ha ofrecido para solucionar la no fácil cuestión —que no es puramente teórica, pues tiene repercusiones trascendentales en la fijación de las penas—, aparece el de la absorción: todos los delitos secundarios quedan absorbidos por el complejo constituyendo un sólo delito; es el más favorable al reo (un robo con tres homicidios). El criterio múltiple homogéneo estima tantos delitos complejos,

como delitos secundarios cometidos; es el más gravoso para el reo (en el ejemplo anterior se penarían tres delitos de robo con homicidio). Finalmente el criterio múltiple heterogéneo se pena un solo delito complejo y los otros delitos secundarios por separado. Es el criterio que recoge con mayor acierto, el obligado equilibrio y proporcionalidad con mayor acierto, el obligado equilibrio y proporcionalidad entre ofensa y retribución (en el mismo ejemplo se castigaría un robo con homicidio y dos homicidios por separado). La última jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, por demasiado benigno, y casi impunita, el criterio de la absorción y acogido el último criterio expuesto de multiplicidad heterogénea. Así con relación a los robos con violaciones (Sentencias de 18 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1982), y robo con homicidio, y sólo en el supuesto de que los homicidios sean preordenados al robo (es decir el reo decide cometer el robo aun matando a varias personas, no que estas muertes sobrevengan con ocasión del robo), esta Sala aplica el criterio más grave de la multiplicidad homogénea (Sentencias de 12 de mayo de 1958, 7 de julio de 1955, 27 de octubre de 1977).» (Sentencia de 25 de mayo de 1983.)

Artículo 69 bis. Delito continuado: Interpretación del precepto introducido en la reforma de 1983.

«Que lo primero que se advierte en la reciente innovación legal plasmada en el artículo 69 bis del Código —ubicado como excepción al principio de acumulación material de penas proclamado en el precepto anterior, pero con mucho mayor alcance que el simplemente penológico, como es fácil de comprender—, es que en su seno se albergan dos supuestos perfectamente diferenciados, pero ambos característicos del delito continuado, como ya había tenido ocasión de enseñar la mejor doctrina sobre el tema: **Uno** en que la actuación del autor o autores (incluidos los demás partícipes) no es sino **ejecución de un plan preconcebido**, plan que si alcanza **notoria gravedad** por los intereses en juego hasta perjudicar a un número indeterminado o **generalidad de personas** desemboca en el llamado en doctrina delito con sujeto pasivo masa o, más abreviadamente, **delito-masa**, y al que se alude de modo inequívoco en el párrafo primero, **in fine** del precepto y con ese mismo nombre en la propia «Exposición de motivos» de la reforma. Y **otro** que incluye a los que actúan **aprovechando idéntica ocasión** (quiere decirse análogas, pero distintas ocasiones, puesto que el **substratum** del delito continuado es una **pluralidad de acciones u omisiones**), concepto éste que si bien está en el origen de la institución puede suscitar dificultades de concreción, las que, sin duda pueden superarse acudiendo precisamente a esa primera fundamentación del instituto que si en un inicial momento, ya muy lejano y que se remonta a los prácticos, tendió a salvar los rigores del **trifurato** y eludir así la pena capital, superado ese pietista y pragmático recurso, se empezó a ver, ya desde el ángulo de la culpabilidad, meta progresiva del Derecho penal ya proclamada dogmáticamente en la reforma última del Código, que al ofrecerse al culpable ocasiones sucesivas para actuar la misma conducta punible, tal repetición de situaciones análogas deparadas por el propio sujeto activo o por la simple coyuntura de

la ofrecida seriación, sin que iniciada la primera o primeras acciones recayere el castigo, había de actuar como debilitamiento de los frenos inhibitorios y recaída en la tentación, de suerte que la total conducta debiera merecer pena menor que la simple suma penológica de las acciones aisladamente consideradas, pero mayor, naturalmente, que la pena correspondiente a una sola de ellas; penalidad intermedia que es, justamente, la que se recoge en algunos de los Códigos que se ocupan de esta regulación y que, igualmente, es la que aplica con buen criterio el precepto en examen de nuestro Código reformado, al señalar la pena correspondiente a la **infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior**, amplitud punitiva que servirá para graduar la pena atendiendo a la mayor o menor entidad del conjunto y que, por lo mismo, tratándose de **delitos patrimoniales habrá de tener en cuenta el perjuicio total causado**, sin que esto quiera decir que se retrocede al sistema de cuantías, lo que sería incongruente después de su supresión como base de penalidad en tales infracciones contra el patrimonio, sino módulo cualificante que se tiene en cuenta, entre otros, en la regulación de tales delitos (ver al efecto artículos 506-8.º, 516-3.ª y 529-7.ª como más significativos.) (Sentencia de 4 de octubre de 1983.)

Artículo 69 bis. Delito continuado: no es aplicable la doctrina a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas.

«Que es doctrina reiterada de esta Sala la que ha venido entendiendo que el delito continuado no es aplicable a las infracciones complejas como el robo con violencia o intimidación en las personas, habida cuenta la distinta naturaleza de los bienes jurídicos tutelados (sentencias de 19 de noviembre de 1981, 16 de febrero de 1982 y 13 de mayo, 7 de junio, 5, 13 y 14 de octubre de 1983) y que ha encontrado su consagración legislativa en el párrafo segundo del artículo 69 bis del nuevo Código Penal, razones que impiden la aplicación al caso ahora injuiciado.» (Sentencia de 2 de febrero de 1984.)

Artículo 69 bis. Delito continuado. Cuando concurren conductas de tentativa o frustración con otras consumadas ha de considerarse el delito resultante consumado.

«En los dos hechos, el que alcanzó la consumación o perfección ejecutiva y el que no pasó del grado de tentativa se dan todos los presupuestos o requisitos del delito continuado, según la praxis jurisprudencial inconcusa que ha alcanzado categoría legal en el artículo 69 bis introducido por la reforma de 25 de junio del año en curso, hoy en período de «vacatio»; y cuando concurren las conductas parciales de tentativa y frustración con otras de consumación —dice la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1983 resumiendo el criterio de otras anteriores—, ha de considerarse el delito resultante como consumado, lo cual es consecuencia —añadimos— de la consideración penal única que merecen los hechos, en atención a la unidad de dolo y la coincidencia o afinidad en los demás elementos, habida cuenta de que la tentativa y la frustración no constituyen un tipo distinto, sino son formas

incompletas de realización del tipo, y la unidad real y ontológica del hecho obliga a imponer la pena señalada a la infracción más grave, como se deducía antes del artículo 68 del Código y actualmente, de modo expreso, del artículo 69 bis de próxima vigencia, teniendo en consideración, además, de que en este caso la ruptura de la unidad delictiva en la forma que sugieren los recurrentes conduciría a la punición por separado de los delitos o infracciones cometidas con un resultado más gravoso para los reos; procede la desestimación de los dos motivos de casación.» (Sentencia de 15 de julio de 1983.)

Artículo 81. Principio de necesidad de la pena: la total inserción social del condenado no impide la aplicación de la pena.

«Que el artículo 25 de la Constitución, en su número 2, establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad» estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados». Este precepto ha de entenderse en el sentido de que las normas reguladoras sobre las mismas, han de estar basadas en estos principios de reeducación y reinserción sociológica, pero no implica que el autor de una infracción penal no pueda ser sancionado si no es necesaria la citada reeducación y reinserción, pues lo contrario llevaría consigo, en no pocos casos, la imposibilidad de sancionar las figuras delictivas.» (Sentencia de 25 de noviembre de 1983.)

Artículo 101, 3.º Indemnización de daños y perjuicios: las indemnizaciones consistentes en el pago de una cantidad líquida devengan los intereses que establece el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«Que la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, que añade al texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 921 bis, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de enero de 1981, establece que cuando una resolución judicial condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará desde la fecha en que fuera dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. Añadiendo a continuación la misma disposición que «lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todas las disposiciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria»; por lo que resulta evidente que contra lo que se sostiene en el único motivo del recurso, y en virtud de tal generalización, la disposición adquiere vigencia y aplicación cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que se haya dictado, salvo que existan normas más específicas en la jurisdicción de que se trate, lo que en el orden penal no ocurre, por lo que como tal disposición general ha de ser acogida y observada en la esfera penal, teniendo además en cuenta la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento penal, lo que impone la desestimación del recurso.» (Sentencia de 25 de junio de 1983.)

Artículo 105. Distinción entre herederos y perjudicados. El heredero no necesariamente tiene la condición de perjudicado.

«Es constante declaración de esta Sala que el perjudicado por un delito es el que sufre el daño material o moral ocasionado directa y necesariamente del hecho delictivo (Sentencia de 18 de octubre de 1974); que los herederos de un fallecido, consecuencia del hecho penal, están legítimados para actuar en la causa como acusadores, pero ello no quiere decir que por el hecho de serlo, necesariamente deba considerárseles como perjudicados por el hecho punible, ni que deban por ello ser obligatoriamente indemnizados, porque la indemnización está necesariamente supeditada a la causación del perjuicio. Por tanto, a estos efectos, se distingue muy claramente entre herederos y perjudicados y que aquéllos por el hecho de serlo no son automáticamente perjudicados, por la muerte de un causante, si por las relaciones concretas de cada caso no se deduce claramente que el delito les ha perjudicado, y en qué concepto y calidad lo ha sido, pues la indemnización no se hereda, sino que se recibe por el daño directamente sufrido (Sentencias de 25 de noviembre de 1974 y 13 de junio de 1981). Por fin, que el parentesco con el fallecido no es suficiente a los fines indemnizatorios, debiendo añadirse otros datos esenciales, tales como la convivencia, la dependencia económica, u otros casos de parecida entidad, que pierden su fuerza y eficacia, en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, roturas de estos vínculos, ignorancia de paraderos u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquellos vínculos de manera voluntaria y consciente (Sentencia de 22 de octubre de 1975). En suma, pues, han de ser, parientes realmente perjudicados.» (Sentencia de 25 de junio de 1983.)

Artículo 118. Retroactividad de la Ley penal más favorable: antecedentes penales susceptibles de cancelación. No aplicación de la agravante de reincidencia.

«El Tribunal debe dar aplicación a la nueva normativa penal sobre la computación de los antecedentes penales, a efectos de reincidencia, en virtud de la norma 3.ª de la disposición transitoria de la Ley 8/83, reformadora del Código Penal y artículo 24 del mismo, sobre retroactividad, ya que en el caso que estamos examinando los antecedentes que sirven de base a la apreciación de la gravante no deben ser tenidos en cuenta por ser susceptibles de cancelación, ya que del análisis de los hechos y de la causa, se pone de relieve que el recurrente no ha delinquido con posterioridad a los mismos, tiene satisfechas las responsabilidades civiles, en cuanto que reparó con bienes propios el perjuicio patrimonial derivado del delito, y transcurrido el plazo de tres años que es el exigido para la pena de prisión menor, máxima con la que pudo ser sancionado el delito de hurto cometido con anterioridad. Igualmente por estos preceptos legales, debe rectificarse también la sentencia, al objeto de aplicarse la nueva penalidad, señalada para el delito cometido, pues según el nuevo contenido del número 1.º del artículo 515 del

Código Penal, dado por la citada Ley reformadora del Código Penal 8/83, de 25 de junio, la pena correspondiente es la de arresto mayor en lugar de la la presidio menor.» (Sentencia de 28 de noviembre de 1983.)

Artículo 174 bis b) Colaboración con bandas armadas: conducta independiente de la complicidad en el delito proyectado.

«El delito de cooperación con grupo o banda, tipificado en el artículo 2.º del Real Decreto Ley de 26 de enero de 1979 y actualmente en el artículo 174 bis b) del Código Penal, según modificación operada en la Ley Orgánica de 4 de mayo de 1981, está constituido, de acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencias 17-3, 12-5 y 3-6 del presente año 1983): a) Por una actividad o dinámica delictiva, integrada por la acción de favorecer potencialmente y de modo genérico al delito o delitos que proyectan el grupo o banda armada, acto de colaboración que si está en conexión con la realización de un plan concreto y específico de la acción terrorista, se despoja de los caracteres de esta figura delictiva de la colaboración, para formar parte de la complicidad del delito proyectado; b) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga, no solamente conciencia del favorecimiento, sino también de la finalidad perseguida por el mismo; y c) Que el grupo terrorista o armado, para quien se realiza la cooperación, esté considerado como antijurídico por la normativa del ente social en el que se ejecuta la actividad delictiva.» (Sentencia de 21 de diciembre de 1983.)

Artículo 236. Atentado: según el artículo 4.º-4 de la Ley de Policía 55/1978, de 4 de diciembre, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado se consideran de servicio permanente.

«Conforme al artículo 4.º-4 de la Ley de Policía 55/1978, de 4 de diciembre, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado y entre ellos los pertenecientes al Cuerpo Superior de Policía, se consideran de servicio permanente con arreglo al artículo expresado, y en cualquier momento pueden y deben entrar en el ejercicio de sus funciones. Pero sobre todo, porque del «factum» aparece con toda claridad, que la reacción del recurrente agrediendo al policía, se produjo así que supo su calidad de tal, por lo que tanto se estime que se encontraba en el ejercicio de sus funciones, como que con ocasión de ellas fue acometido se ha consumado el delito de atentado por el que el recurrente ha sido sancionado, desestimándose también este último motivo del recurso.» (Sentencia de 30 de mayo de 1983.)

Artículo 240. Desacato: el Vicedecano de una Facultad Universitaria, en funciones de Decano, es autoridad.

«Que el tercer motivo del recurso considera infringido, por no aplicación, el artículo 245 del Código Penal, pues en concepto de los recurrentes, si el hecho se considera como delito, debe encajarse como injuria, insulto o amenaza de hecho o de palabra, a funcionario público, mas no a autoridad. Y la tesis podría sostenerse si el Vicedecano, insultado, injuriado o amenazado,

lo hubiera sido, como simple Catedrático, o como Vicedecano, sin estar en funciones de Decano. Mas asumiendo esta condición, por ausencia de aquél, es claro que estaba revestido de aquellas facultades de Autoridad Académica que le conceden las disposiciones legales, con función relevante de mantener la disciplina entre alumnos y profesores. Por tanto, es la propia Ley la que le reviste de la misma autoridad que tiene el Decano, en aquellos casos. Y los hechos contra él dirigidos, lo son contra la autoridad académica que representa precisamente en el ámbito de su Facultad, razones que conllevan a desestimar el motivo que se estudia.» (Sentencia de 21 de marzo de 1983.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas de fuego: posesión compartida. Todos son coautores.

«La coautoría en el delito de tenencia ilícita de armas de fuego es factible, cuando la posesión del arma es compartida, sucesiva o simultáneamente por varios sujetos con ánimo conjunto «rem sibi habendi», admitiéndose esta última forma cuando el arma, aunque sea portada por uno sólo, es susceptible de ser utilizada por el otro.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 255, número 2.º Introducción de armas extranjeras: es preciso tener conciencia del hecho.

«Que el motivo cuarto del recurso está articulado por entender que el número 2.º del artículo 255 del Código Penal, ha sido aplicado indebidamente, es decir por haber tenido el Tribunal de Instancia en cuenta el particular de que las armas eran extranjeras, y habían sido introducidas ilegalmente en territorio español. Sobre esta agravante específica es preciso reconocer, que si bien es cierto que cierto sector doctrinal y determinado criterio jurisprudencial se inclinaron por la tesis objetiva, de que debía ser apreciada, siempre que se hiciera constar este extremo en los supuestos fácticos, sin embargo, también hay que reconocer, que la dogmática penal más exigente con los principios de esta rama del derecho, reclama y exige para su aplicación el elemento subjetivo, por el cual los procesados o autores de la infracción del delito de tenencia ilícita de armas deben tener conciencia del hecho que origina la agravación, por lo que, en el presente caso, al no desprenderse de los supuestos fácticos el conocimiento, por parte de los recurrentes, de que hubieran sido introducidas ilegalmente las armas, dentro de España, es procedente acceder a la estimación del citado motivo número 4.º» (Sentencia de 13 de mayo de 1983.)

Artículo 303. Los cheques de viaje (traveller's check) son documentos mercantiles merecedores de protección penal en España, aunque hayan sido falsificados en el extranjero.

«El cheque de viaje o «traveller's check» no es otra cosa que un cheque emitido por un Banco en favor de una persona, ordinariamente en forma nominativa, que entrega a aquél una cantidad y recibe el cheque por la misma,

con la especialidad de que puede ser cobrado por su titular en cualquier agencia o sucursal nacional o extranjera del Banco emisor o en las oficinas de sus corresponsales, sustituyendo así, mediante el documento, con motivo de un viaje, el dinero por el cheque cobrable, en cualquier lugar del viaje. De su concepto se deduce, pues, la naturaleza esencialmente mercantil del documento (...), que es merecedor de protección penal, cuando los efectos jurídicos y económicos se produzcan dentro de nuestro territorio, es decir que es irrelevante su origen extranjero, cuando es susceptible de ser negociado en España. Por fin, la **jurisprudencia**, en su más reciente sentencia de 11 de febrero de 1959, afirma que la condición de nacionalidad del documento no es exigida por el artículo 303 del Código Penal y que tratándose de documentos mercantiles —de uso frecuente en el mercado bancario— con vocación y trascendencia mercantil, deben considerarse incluidas sus alteraciones sustanciales en el artículo indicado, como falsedades en documentos mercantiles; doctrina ésta, en lo sustancial, coincidente con la sentencia de 20 de mayo de 1982.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 303. Documento mercantil: diferentes clases.

«Puede concluirse estimando que son documentos mercantiles: a) los que sin autorización de fedatario público mencionan y regulan, «nominatim» y de modo expreso, el Código de Comercio y las Leyes mercantiles especiales, tales, como las letras de cambio, las libranzas, los vales o pagarés, las cartas órdenes de crédito, los cheques, cartas de porte, pólizas, pólizas de seguros, pólizas de fletamento, conocimientos de embarque, los documentos no públicos mediante los que se constituyen el préstamo a la gruesa o la hipoteca naval, las acciones o participaciones de sociedades, los títulos valores en general y los libros de contabilidad de los comerciantes; b) aquellos documentos no autorizados por Notario o funcionario público competente, en los que, los comerciantes plasman actos o contratos mercantiles, estipulando derechos y obligaciones del modo en que libremente quisieron pactar y fijando, por escrito, el contenido y alcance de los mismos, y c) los extendidos con el fin de acreditar el cumplimiento, ejecución o extinción de lo pactado anteriormente o de alguna fase de dicho pacto, entre los que figuran facturas, recibos —véase, v. g., el párrafo tercero del artículo 353 del Código de Comercio—, talones y también los albaranes.» (Sentencia de 19 de septiembre de 1983.)

Artículo 303. El documento privado deviene público si se confecciona para surtir efectos en un organismo oficial.

«La naturaleza del documento se determina por su finalidad, y el que es meramente privado por su origen, si se confecciona para surtir efectos en un organismo oficial al que se incorpora con aptitud de provocar cualquier trámite de índole judicial o administrativa, sólo por esta posibilidad adquiere la condición de oficial, ya que una vez presentado ante aquél, pone en movimiento la actividad estatal, sobre la base de una mendacidad, que queda protegida con la garantía y seguridad jurídica de que gozan las actuaciones

de los organismos públicos y las falsedades que en él se contengan han de sancionarse con arreglo al artículo 303.» (Sentencia de 27 de junio de 1983.)

Artículo 304. Uso de documento falso con intención de lucro: autoría mediata si se utiliza a una persona ignorante de la falsedad. Dominio del acto.

«El que constándole la falsedad de un documento lo entrega a otra persona para que ésta lo use en su provecho, sin poner en su conocimiento dicha falsedad o haciéndole creer que es verdadero, se convierte en autor mediato del citado delito, ya que lo comete por medio de una persona inculpable de quien se sirve como un mero instrumento material, que no tiene otro cometido que el exhibirlo cuando se lo pidan al igual que si tal autorización hubiera sido colocada en el parabrisas del coche o en otro sitio visible de éste, a los efectos de poder ser controlada o supervisada por las fuerzas de Tráfico, sobre todo cuando aparece probado que el uso continuado de dicho documento del que el conductor ni siquiera tenía la posesión, sino que era un mero tenedor o servidor de la posesión ajena, que continuaba en cabeza de los procesados y estaba dirigida al lucro de los mismos, quienes eran los únicos que seguían poseyendo el dominio del acto y tenían conocimiento de que sus coches circulaban con un documento de concesión o circulación falso, lo que impide que el tercer motivo pueda ser acogido.» (Sentencia de 11 de julio de 1983.)

Artículo 306. Documento privado: concepto y caracteres.

«Documento particular es toda representación gráfica del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, con finalidad probatoria y preconstituida, no autorizado por Notario o funcionario público, cuya falsificación punible tiene lugar al concurrir de una parte el elemento material, externo y consustancial a toda falsedad de alteración o mutación de la verdad por alguno de los medios o formas descritas en el artículo 302, al que se remite aquél como tipo punitivo en blanco, y de otra, el elemento intencional y subjetivo constituido por el conocimiento del agente de que con su falaz proceder causa un daño o perjuicio concreto a un tercero, o alberga en su propósito el causarlo, siendo necesario que la falsedad afecte a extremos trascendentes del documento, sin precisar para la perfección del delito un perjuicio determinado y real que puede o no darse, bastando la actividad dinámica tendencial y finalista del «animus laedendi.» (Sentencia de 24 de noviembre de 1983.)

Artículo 324. Uso indebido de título. Sus diferencias con la usurpación de funciones (artículo 321).

«En el artículo 321 es preciso ejercer actos de una profesión, para la que se carece del correspondiente título oficial. Lo esencial del mismo es el **ejercicio de actos**, es la puesta en práctica de acciones propias de una profesión que no se tiene. El artículo 324 habla de uso indebido de título, diploma, nombramiento académico o profesional. La esencia del tipo es el uso indebido de un título que no se tiene, esto es atribuirse la condición de profesio-

nal públicamente, y hacerse pasar por el mismo. El primero usurpa la función, el segundo es una falsedad ideológica, de índole formal, base probable para una actividad delictiva, pero que se queda en uso indebido de título, si no se realiza otro acto que el anuncio, la ostentación, y no se traduce en actos propios de la profesión que indebidamente se dice tener. (Sentencia de 30 de mayo de 1972). Es lo que en alguna sentencia se califica de «vanitatis causa» (20 de enero de 1972). El problema del uso se refiere, como con razón afirma la doctrina a conseguir hacer creer a los destinatarios de la acción que ostenta cargo o ejerce la profesión a la que se refiere el título o nombramiento. De ahí a pasar a ejercer los actos propios de la profesión va una diferencia notable y distingue a las dos figuras estudiadas.» (Sentencia de 10 de diciembre de 1983.)

Artículo 336. La extracción de un centro hospitalario de una persona que está a disposición de la autoridad judicial constituye el delito de evasión de presos.

«En el artículo 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se habla de Centros hospitalarios, Centros psiquiátricos y Centros de rehabilitación social. Y cuando habla de asistencia sanitaria, el artículo 36, cita, no sólo los servicios médicos de los establecimientos, sino de instituciones hospitalarias penitenciarias, y en caso de necesidad de otros centros hospitalarios, donde deben ser trasladados a propuesta del médico de la Prisión, con autorización del Centro Directivo y de la Autoridad Judicial, a cuya disposición estuvieran. En estos supuestos la situación del afectado, en el orden penitenciario, es la misma que tuviera en el Centro Penal y el Centro hospitalario, se convierte en una prolongación, filial o dependiente de aquél a tales efectos. De tal forma que la evasión, bien durante la conducción, bien durante la permanencia en el mismo, queda incardinada en el artículo 336, del Código Penal, so pena de hacer de mejor condición a los tendidos, por razones de salud —lo que ya es una diferencia, justa, pero diferencia de la administración—, sobre los que permanecen en los Centros penitenciarios. Y de otra parte, sería eludir al Código Penal, mediante el acto, de una fácil simulación y bajo la concesión de un privilegio, poder evadirse sin responsabilidad, lo cual repugna a los más elementales principios de justicia, bajo cuya rúbrica general está enmarcado el delito que inútilmente se combate. Razones todas que conllevan a la desestimación del recurso.» (Sentencia de 5 de octubre de 1983.)

Artículo 339. El concepto de inhumar es más amplio que el de enterrar.

«El verbo inhumar tiene una significación y alcance más amplios que el riguroso y estricto sentido etimológico y gramatical por lo que no sólo es inhumar, enterrar o tapar con tierra un cadáver, sino cualquier otro acto tendente o desprenderse de él con infracción de leyes o reglamentos; doctrina jurisprudencial la expuesta que no es recusable como, a primera vista, se pretende pues, **por una parte**, por motivos sanitarios y por la naturaleza de infracción de riesgo o peligro abstracto o comunitario que tiene el delito,

debe castigarse cualquier conducta que propenda a impedir que el cadáver sea conducido, en el tiempo y con las formalidades legales, al recinto destinado al efecto, permaneciendo, por el contrario y gracias al comportamiento del agente, insepulto o sumido en medio inapropiado, esparciendo, con su putrefacción, miasmas deletéreos, alimentando una fauna cadavérica libre, tras el yantar, para contaminar el entorno y transmitir o propagar enfermedades, e impidiendo que los parientes o deudos del difunto le den cristiana sepultura y dispongan las exequias acostumbradas, y, **por otra**, la interpretación restrictiva de la doctrina científica dejaría fuera del precepto —artículo 339—, auténticas inhumaciones ilegales efectuadas en sarcófagos, mausoleos, nichos o cualquier otro contenedor del cadáver que no se hallara en la infrficie de la tierra, lo que no es atinado, e incluso, las incineraciones —hoy día permitidas— con la consecutiva conservación, en una arqueta, de las cenizas del difunto, aunque no se hubieran observado las formalidades legales y reglamentarias reguladoras de dicha cremación.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

Artículo 339. Inhumación de cadáveres consecutiva a un delito contra la vida: pluralidad de bienes jurídicos ofendidos.

«Que, en lo que respecta al problema del ocultamiento o destrucción del cadáver o inhumación ilegal del mismo, cuando el infractor es la misma persona que cometió el aborto, infanticidio, homicidio, asesinato o cualquier otro delito contra la vida, precedente y que privó, de dicha vida, al luego interfecto, la doctrina científica se halla dividida, pues, unos sectores entienden que se trata de un acto de autoencubrimiento impune —ocultación del «*corpus delicti*»—, que el delito contra la vida absorbe o consume a la infracción sanitaria —«*lex consumens derogat consumtae*»—, que el desvalor de la inhumación ilegal está ya incluido en la penalidad del delito contra la vida, y que, finalmente, es inexigible que la abortista, la infanticidia, el homicida, el asesino o el autor de cualquier delito contra la vida se autodenuncien, presentándose en el Registro Civil para promover la legal inhumación del cadáver resultante gracias a sus antijurídicos actos; mientras que, otros sectores, atendiendo a la heterogeneidad del bien jurídico violado, sostienen la punición de ambas figuras, sin que, ninguna de ellas, absorba a la otra. Por su parte, la jurisprudencia, en sentencia de 5 de diciembre de 1956 —asesinato—, 14 de mayo de 1960 —aborto—, y 19 de diciembre de 1977 —accidente de circulación en el que el reo se limitó a no dejar el cadáver «*in situ*», sino que lo llevó a un lugar próximo al del atropello arrojándolo a la acera que discurría paralelamente a la carretera—, adoptó la solución negativa, que reputó más técnica, realista y científica, proclamando la impunidad del autoencubrimiento y añadiendo no ser exigible, al homicida, que se autodenuncie y no oculte el «*corpus delicti*» para evitar la consecutiva sanción penal; pero, en las sentencias de 9 de junio y 22 de noviembre de 1943, 8 de octubre y 22 de diciembre de 1947, 27 de enero de 1951, 27 de septiembre de 1952, 4 de marzo de 1965 y 15 de noviembre de 1977, esta Sala, sostiene lo contrario, basándose en que, las conductas atacan bienes jurídicos distintos —vida y salud pública—, en que el autoencubrimiento es acto impune, pero que ello sola-

mente sucede cuando los actos que le integran no constituyen, por sí solos, otro delito, lo que se demuestra consultando el artículo 17, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo precepto considera conexos a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros, y en que, no siendo consubstancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o peligro abstracto, no tiene por qué absorber aquélla a este último, tal como ocurre, v. g., con el homicidio o las lesiones en las figuras del artículo 501 del Código Penal, o con los daños causados en los supuestos contemplados en los números 2.º y 3.º del artículo 504 del mismo; inclinándose, en este caso y atendidas las circunstancias del mismo, esta Sala, a la última solución citada, no solamente por las razones expuestas, sino porque el párrafo segundo del artículo 279 bis del Código Penal y el también párrafo segundo del artículo 322 del mismo punen conductas delictivas efectuadas para procurarse la impunidad de otros delitos y porque la punición de la inhumación ilegal consecutiva a la perpetración de un delito contra la vida, no supone forzar al delincuente a dejar el cadáver «in situ», a una autodenuncia o a su comparecencia en el Registro Civil para promover el legal enterramiento de el mismo, sino que simplemente se le exige que no incurra en un «plus» de antijuridicidad, sumando, al delito cometido, el ocultamiento o destrucción del cadáver, impidiendo, con ello, tanto que éste sea tempestivamente, y sin peligro para la salud pública, conducido al recinto señalado al efecto y confinado en él, como que, sus familiares o deudos, se hagan cargo de dicho cadáver y puedan dedicarle los habituales funerales y exequias.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

Artículo 344. L.S.D.: Droga que causa grave daño a la salud.

«No procede la revisión por el efecto retroactivo de la ley más favorable (Ley Orgánica de reforma del Código penal, de 25 de junio del corriente año) al estimarse por esta Sala que la droga, objeto de tráfico [se refiere a la llamada L.S.D.] es de las que causan graves daños a la salud, por lo que viene castigada con igual pena que en la legislación anterior.» (Sentencia de 5 de octubre de 1983.)

Artículo 344. La cocaína es droga que causa grave daño a la salud.

«Que los hechos probados revelan inequívocamente una situación posesoria respecto de una droga como la cocaína, de graves efectos sobre la salud, posesión preordenada a la entrega a terceros, con fines de tráfico entendido como actitud de circulación promovida para difusión de la droga, que está comprendida dentro del texto del artículo 344 del Código, tanto en su redacción anterior a la Ley de 25 de junio de 1983 como en la vigente, sin que proceda la rectificación de la pena impuesta, conforme a la Disposición Transitoria de esta última Ley, por quedar la pena impuesta dentro de los límites señalados en el nuevo texto, debe, en consecuencia, acordarse la desestimación del motivo.» (Sentencia de 11 de noviembre de 1983.)

Artículo 344. El hachís es droga que no causa grave daño a la salud.

«Que los hechos cometidos, de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal y el primer párrafo de la Disposición Transitoria de la Ley de 25 de junio del pasado deben ser subsumidos en el subtipo atenuado del artículo 344 del Código Penal en su nueva redacción, porque el hachís viene mereciendo de este Tribunal la consideración de droga que no causa grave daño a la salud, con la concurrencia en este caso de una circunstancia específica de agravación —la notoria importancia de la cantidad poseída— que atrae la aplicación de la pena superior en grado; procede, consecuentemente, la estimación del tercer motivo de casación interpuesto, con la trascendencia penológica que deriva de la nueva tipificación, es decir, pena dentro de los límites de la prisión menor y supresión de la pena pecuniaria.» (Sentencia de 18 de enero de 1984. En igual sentido: SS. de 13 de octubre de 1983, 28 de noviembre de 1983, 3 de diciembre de 1983, 2 de enero de 1984.)

Artículo 344. La finalidad de tráfico, aun cuando figura en el relato de hechos probados, es un juicio valorativo susceptible de revisión.

«Que, en el caso presente, el Tribunal «a quo», en el «factum» de la resolución recurrida, declara probado que, el acusado, en la ocasión de autos, llevaba tres barras de «hachís» «para negociar con ellas», añadiendo, en el primer Considerando de la mentada resolución, que las tenía en su poder «con destino a la venta... y no al autoconsumo»; pero, dado el carácter subjetivo de estas conclusiones que sólo pueden obtenerse previo juicio valorativo, son, como ya se ha dicho antes, revisables y corregibles en casación, donde no es posible aceptarlas toda vez que, por una parte, la Audiencia de origen, no aclara en qué elementos de juicio se apoyó para inferir ese propósito de ulterior destino al tráfico, y, por otra, dicho destino, no puede inducirse, ni de la conducta del acusado, que es «buena» según el encabezamiento de la sentencia recurrida, ni de sus antecedentes, pues carece de ellos, ni, finalmente, de la cantidad de hachís intervenido —único dato objetivo en que pudo sustentar la Audiencia «a quo» su declaración de intenciones—, ya que su peso —2,350 gramos— es lo suficientemente exiguo para no evocar necesariamente y por su sola virtualidad, la idea de ulterior tráfico o el propósito de posterior transmisión a otra u otras personas. Procediendo, a virtud de lo expuesto y habida cuenta del principio «in dubio pro reo», la estimación del único motivo subsistente del recurso interpuesto por el acusado.» (Sentencia de 26 de septiembre de 1983.)

Artículo 429, número 1.º Comete tentativa de violación quien trata de yacer por la fuerza con una mujer, aun cuando el sujeto activo padezca una hipospadia que impide la erección completa.

«En los hechos probados, se manifiesta que el citado procesado, «a pesar de la oposición de María Purificación y de darle codazos para impedirlo», por estar afecto «de una hipospadia de carácter severo que le impide la

erección completa y la casi imposibilidad de realizar el acto sexual», no llegó a ejecutar el yacimiento, y estos supuestos dan lugar a que el delito de violación pueda ser apreciado en su grado de tentativa, puesto que si no realizó todos los actos el procesado no fue por su voluntario desistimiento, sino por su erección incompleta —endurecimiento no pleno— y oposición violenta de la víctima.» (Sentencia de 11 de junio de 1983.)

Artículo 435. Estupro: es necesaria una relación heterosexual, siendo indiferente el sexo de los sujetos activo y pasivo.

«La acción que se tipifica está representada por el acceso carnal con otra persona, en el sentido de heterosexualidad, con lo que importa poco cuál fuere el sexo de los sujetos activos o pasivos, siempre y cuando fueren antagónicos, con exigencia en el pasivo de una edad cronológica comprendida entre la mayoría de doce años y minoría de dieciséis, como ya precisó la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1982, con intervención de engaño que ha de operar como factor causal y determinante del yacimiento.» (Sentencia de 5 de julio de 1983.)

Artículo 453. Calumnia: el derecho a la crítica política y a la libertad de expresión elimina la antijuricidad, aunque padezca el honor y la fama.

«Añadiendo, por fin, la doctrina de la Sala —que ha de destacarse por su interés a los fines del presente recurso—, el derecho a la crítica de la acción política y a la libertad de expresión, por ser derecho constitucional, aunque con límites, también constitucionales, que es llano que la preferencia de los intereses y valores de la comunidad política, puede justificar o motivar una más laxa, indulgente o comprensiva estimación de la crítica y la censura política o pública periodística a que resplandezca el puro interés informativo y los fines de la salud pública, aunque padezca —sólo en la medida de lo necesario— el honor y la fama de los que sirven a la causa pública.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 461. La «exceptio veritatis» es improcedente en caso de Injurias contra el Gobierno.

«Que alegada nuevamente la «exceptio veritatis» del artículo 461 del Código Penal como medio de defensa, en injurias contra el Gobierno, la Sala da por reproducidos los razonamientos del auto de 19 de mayo de 1982 en que inadmitió la prueba, sobre la misma, insistiendo en que ha de referirse la injuria a un funcionario o autoridad determinada en el ejercicio de su cargo y que tal defensa procesal no puede darse contra las instituciones que encarnan los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, que gozan de una protección jurídico penal especial más intensa y que la injuria al Gobierno, no es a funcionario o autoridad determinada, sino a un Ente público colectivo, poder de la Nación. De otra parte, el Tribunal Constitucional en su resolución de 10 de noviembre de 1982, dictada para este caso, ya declara paladinamente que el derecho a utilizar todos

los medios de prueba pertinentes, no es un derecho ilimitado que exija la aceptación por parte del Tribunal de todos los propuestos, sino que en coincidencia fundamental con lo sostenido por esta Sala, afirma que es ella la que ha de resolver motivadamente, como lo ha hecho, sobre la pertinencia o impertinencia de las mismas. La motivación del Auto de 19 de mayo de 1982 es amplia, fundada y con razonamientos jurídicos minuciosos y suficientes para deducir que la «exceptio veritatis» es improcedente en los casos de injuria contra el Gobierno. Poder del Estado, en las funciones que la Constitución le confiere.» (Sentencia de 31 de octubre de 1983.)

Artículo 471. Bigamia: no hay delito por aplicación retroactiva de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

«Que el artículo 471 castiga el delito de bigamia, en el que incurre el que contrajere ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior. Claramente se advierte la incidencia que tiene la doctrina civil expuesta, sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad declarada judicialmente, del matrimonio celebrado entre recurrente y recurrido, sobre todo teniendo en cuenta que la esposa sabía la disposición de su esposo de no respetar el requisito de la perpetuidad, propio del matrimonio canónico; por lo que no es posible mantener sobre un matrimonio «nulo ab initio» un delito de bigamia. A mayor abundamiento, por la doctrina expuesta sobre la retroactividad de ley extrapenal que modifica los presupuestos de hecho que completan aquélla, y por aplicación de la Transitoria 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya transcrita, no tendría fundamento lógico jurídico, a los efectos puramente punitivos, declarar, como excepción de orden público, la ineficacia de la sentencia de divorcio dictada por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo (República de Santo Domingo) con fecha 31 de julio de 1974, ya que en esta fecha el esposo podría haber hecho uso de la posibilidad de obtener tal estado, de haber estado vigente el artículo 86 del Código Civil, según la nueva redacción dada por aquella Ley, pues su causa de divorcio 2.ª autoriza la disolución del vínculo, transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación de los cónyuges, que como antes se ha dicho fue el 21 de diciembre de 1971; se trata, sin duda, de uno de esos «hechos o situaciones creados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley (que) producirán los efectos que les reconocen los capítulos...» respecto a la separación, nulidad y divorcio. En supuesto de hecho análogo ya se pronunció esta Sala, no estimando la existencia del delito de bigamia, en sentencia de 7 de abril de 1915. Por todo lo expuesto procede desestimar el único motivo del recurso que por infracción de ley sustantiva formula la recurrente por inaplicación del artículo 471 del Código Penal.» (Sentencia de 6 de junio de 1983.)

Artículo 480. Detenciones ilegales: elementos del tipo de injusto. Delito permanente.

«El **sueto activo** ha de ser necesariamente un particular, en cuyo concepto pueden incluirse también los funcionarios públicos cuando actúan fuera del ejercicio o ámbito de sus funciones; el **sueto pasivo** lo puede ser cualquiera salvo que se trate de menores de siete años, en cuyo caso será el delito de sustracción de menores el perpetrado; el **bien jurídico** protegido lo es la capacidad del hombre para fijar, libremente y por sí mismo, su situación en el espacio físico; y la **acción** —detener o encerrar, que no son términos sinónimos—, equivale, en el primer caso, a aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse a donde ella quiera, y, en el segundo, a situar a alguna persona en lugar no abierto y del que no puede salir por sus propios medios, sea, dicho lugar, inmueble —calabozo, habitación, etc.— o mueble —automóvil, cofre o baúl, cajón, etc.—, siendo dicha acción continua y, el delito, **permanente**, pero que se consuma en el momento mismo de privar de libertad al sueto pasivo, pudiéndose llevar a cabo por vía de sustracción —«admotio de locum ad loco»— o por vía de retención, y, en general, como destaca la doctrina, «de cualquier forma, por cualquier medio y por cualquier tiempo», sin que sea preciso, para la perfección delictiva, ni el empleo de fuerza o de intimidación, ni la finalidad, en el agente, de obtener merced a su comportamiento antijurídico, ventajas o resultados concretos y específicos diferentes a la mera privación de libertad del sueto pasivo, aunque es preciso reconocer que, en algunos subtipos, el delincuente debe perseguir, con su conducta, la consecución de determinadas finalidades.» (Sentencia de 25 de octubre de 1983.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro. Bien jurídico protegido: la seguridad de las personas. Fundamento del castigo: incumplimiento del deber de solidaridad entre los hombres.

«Que el delito de omisión del deber de socorro, con normativa penal en el artículo 489 bis protege el bien jurídico de la seguridad de las personas, tiene su fundamento en la sanción por incumplimiento del deber de solidaridad que exige la convivencia humana, y reclama para su apreciación los siguientes requisitos: a) Una conducta omisiva, consistente en no ayudar a la persona que se hallare desamparada, en el sentido de que no esté en condiciones de poder prestarse los medios conducentes y necesarios reclamados por una situación de peligro manifiesto y grave; b) Que no se dé la posibilidad de un riesgo propio o de un tercero, es decir, de sufrir una lesión o perjuicio desproporcionados en relación con la ayuda que necesita la prestación de socorro; c) Una conciencia del sueto activo de la infracción, en virtud de la cual éste se da cuenta del desamparo de la víctima y de la necesidad del deber de actuar; y d) Que se capte cierta repulsa social por el hecho de la omisión, pudiéndose decir que el grado de consumación en la ejecución del delito, se realiza desde el momento

en que deja de prestarse el auxilio o socorro.» (Sentencia de 9 de mayo de 1983.)

Artículo 490, párrafo segundo. Allanamiento de morada: forzar la cerradura de la puerta mediante una patada y penetrar en la vivienda. «Vis in re».

«Que la entrada en la morada ajena contra la voluntad del titular de la misma, saltando, quebrantando o forzando la cerradura de la puerta de entrada, con una patada, constituye el delito descrito y penado en el párrafo 2.º del artículo 490 del Código Penal, pues como tiene declarado esta Sala la violencia exigida en el texto legal citado ha de ser equiparada a la fuerza, cuando ésta se ejercita sobre las cosas «vis in re» —como forma de realizar el allanamiento (Sentencias de 8 de mayo de 1969, 8 de mayo de 1973, 14 de enero de 1974, 29 de enero y 11 de octubre de 1975, entre otras), sin duda por estimarse como tal violencia el empleo de fuerza o energía física corporal por parte del agresor, en perjuicio de la víctima, para quebrantar la intimidad, estimada como prolongación de la personalidad de ésta, por lo que también el tercer motivo ha de ser rechazado.» (Sentencia de 11 de mayo de 1983.)

Artículo 496. Coacciones. Bien jurídico protegido: la libertad de determinación y de obrar. La voz violencia comprende la fuerza física, la presión moral a ella asimilada y las violencias extrapersonales sobre las cosas.

«El artículo 496 como delito de coacciones, cuya naturaleza es de conducta y resultado, no de mera actividad, que lesiona la libertad de determinación y obrar de una persona según sus propios motivos, cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre decisión y expansión de su voluntad, al que si bien se le ha atribuido un dolo específico de atentar a la libertad de obrar del ofendido, se ha considerado suficiente el dolo genérico o tendencial del agente, cuya generación delictiva abarca la lata interpretación que al término modal «con violencia» le otorga la doctrina más reciente de esta sala, que el agente en su actuación dinámica, emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre el propósito de otra persona, a medio del ejercicio de la violencia en sus variadas exteriorizaciones de fuerza física, presión moral o intimidación a ella asimilada, o incluso de violencias extrapersonales sobre las cosas, como «vis in rebus», que se refleje en los derechos del sujeto pasivo.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1983.)

Artículo 500. Robo: el uso indebido de una cosa, conseguido con intimidación, no constituye robo.

«Y como en los hechos probados se manifiesta que al procesado le gustaba ponerse las botas (objeto delictivo) para ir a Misa, lo logró a través de un tono «conminante y amenazante», sin que de la narración fáctica se pueda apreciar la existencia del beneficio y perjuicio económico que recla-

ma el delito de robo, pues, en este caso, no pasa de ser una simple utilización o uso indebido de la cosa, sin susceptibilidad de valoración económica, y esta conducta no tiene tipificación en nuestro Código Penal.» (Sentencia de 22 de septiembre de 1983.)

Artículo 501, número 1.º Robo con homicidio: delito complejo. Apreciación de la alevosía. Cualquier circunstancia que afecte al robo o al homicidio puede ser aplicada al conjunto delictivo.

«Que el delito de robo con homicidio descrito en el precepto penal anteriormente invocado, constituye indudablemente un delito de los denominados por la Doctrina y la Jurisprudencia «delitos complejos en sentido estricto», por hallarse integrado por un hecho que por sí mismo constituía delito (homicidio) y que es utilizado por el legislador, como elemento constitutivo esencial de una nueva figura delictiva (robo con homicidio) y que por tanto contiene dos delitos (robo y homicidio), que podrían haber sido castigados separadamente o en régimen de concurso, sino fuera por la disposición normativa del legislador que los unifica o funde en un solo tipo legal más específico, al que generalmente se señala una pena más grave que la que correspondería a cualquiera de ellos, por suponer una mayor culpabilidad y antijuricidad que si hubieran sido ejecutados separadamente, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que además concurren en la ejecución del delito contra la vida, la perfidia y la actitud cobarde y traicionera del agente, que constituyen la circunstancia agravante de la alevosía descrita en el número primero del artículo 10 del Código Penal, al aprovecharse por éste la ocasión de que el conductor iba confiado en su compañía y atento sólo a la conducción del vehículo, para acometerle por la espalda sin que mediara palabra, ni la víctima advirtiera sus movimientos, conducta o modo de actuar que tiñe e impregna de desvalor la total actuación del agente en lo que afecta a su culpabilidad, que como abrazadera psíquica común se extiende y comprende, aun en sentido contrario naturalístico, a ambas infracciones, por lo que la mayoría de los penalistas españoles y ésta Sala en Sentencias de 18 de abril de 1908, 22 de junio de 1922, 21 de enero de 1965, 16 de junio y 20 de noviembre de 1975, entre otras muchas, viene aplicando la citada circunstancia de agravación al mentado delito, en razón al argumento de que en el mismo, sea cual sea su complejidad, no deja de existir un delito contra las personas, que constituye un elemento sustancial y al cual puede serle aplicada la expresada agravante de acuerdo con la conocida doctrina jurisprudencial de que cualquier circunstancia que afecte al homicidio o al robo, puede ser aplicada al conjunto delictivo (Sentencia de 13 de mayo de 1969, entre otras), lo que implica la improcedencia del tercero de los motivos ejercitados.» (Sentencia de 2 de noviembre de 1983.)

Artículo 501, número 5.º La superioridad numérica de los agresores es suficiente para fundamentar la intimidación.

«Y aunque no especifique la sentencia cuál fue la forma de atemorizar al Angel, da por hecho que fue atemorizado, por la presencia de los cinco

condenados, y la sorpresa al abordarlo, así como al hacerse despojar, por la intimidación, de la cazadora. Todo lo cual fue correctamente incluido en el artículo 501-5.º del Código Penal, al mediar dicha intimidación o coacción moral, que impone miedo a la persona.» (Sentencia de 28 de abril de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo con violencia en las personas: el tirón de un bolso significa acción y efecto de arrebatar con violencia. Distinción entre tomar «sin» la voluntad del dueño y hacerlo «contra» su voluntad.

«Dado el medio comisivo empleado, los mismos no cabe encuadrarlos en el hurto en que los objetos se cogen *sin* la voluntad de sus dueños, sino de robo al hacerlo *contra* tal voluntad, desde un vehículo que en marcha se aproxima a las víctimas y les arrebata los bolsos que portaban súbita o sorpresivamente, con el peligro personal que para las misma implicaba cualquier resistencia, existiendo en cada caso un acto de fuerza mayor o menor para lograr su despojo, por cuanto «tirón» significa la acción y efecto de arrebatar con violencia, de golpe, y tirar en su acepción más corriente y vulgar presupone mediar la circunstancia de hacer fuerza para traer hacia sí o para llevar tras sí alguna cosa, sin que ordinariamente pueda obtenerse con tal habilidad operatoria que el expoliado la ignore o no se dé cuenta, conteniendo en su sentido jurídico un notorio acento de violencia ejercido sobre la persona a la que por tal medio se despoja el bien mueble que porta.» (Sentencia de 26 de octubre de 1983.)

Artículo 501, número 5.º Robo: el tirón de una cadena con medalla que se lleva al cuello no es hurto.

El Tribunal de Instancia calificó los hechos como de hurto, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia y entiende que hay un delito de robo al aducir que «si el relato fáctico afirma que el procesado, aproximándose a la ofendida que se encontraba desprevenida, «le quitó de un súbito tirón una cadena con un medalla que llevaba al cuello», es evidente que para conseguirlo no sólo se ejercitó fuerza sobre la cosa, sino también violencia sobre la joven que portaba la cadena, que tuvo que romperse para conseguir su expolio, en cuanto «tirón» significa y representa tirar con violencia o de golpe, hacer fuerza para traer hacia sí o arrastrar tras sí, lo que aleja la calificación del hurto por contener elementos que son ajenos a su configuración y tipicidad, y en cambio son integrantes de los que constituyen el robo con violencia personal de los artículos 500 y 501-5.º citados, como expresamente declaran entre otras, las Sentencias de 22 de diciembre de 1924, 18 de diciembre de 1969, 3 de junio de 1975, 27 de septiembre de 1980, 15 de enero y 14 de diciembre de 1982, ya que de principio el hecho de arrebatar una cosa que otro lleva sujeta en el cuello o tiene cogida entre sus manos «tirando de ella», siempre supone aunque el tirón sea sorpresivo, súbito o limpio, es decir, sin reacción inmediata de su tenedor, el empleo de la fuerza a que se refieren los preceptos sustantivos antes señalados, la fuerza suficiente para apropiárselo, aunque sea mínima, pero bastante para separarla de la

persona que la lleva convenientemente asida o aprehendida contra la que la acción se perpetra, la que ha de vencerse para lograr la relación física del desplazamiento, entre el objeto así alcanzado y quien como poseedor lo lleva consigo.» (Sentencia de 11 de mayo de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Concepto de armas.

«El Diccionario de la Lengua, define a las armas como instrumentos destinados a ofender o defenderse, pero, a efectos del último párrafo del artículo 501 del Código Penal y del número 1.º del artículo 506 del mismo, se puede considerar arma todo instrumento vulnerante, aunque su destino natural no sea el ataque y la defensa, que acreciente o potencie el normal poderío físico del agente o su capacidad intimidatoria trocada en peligro para la integridad física de los sujetos pasivos tan pronto lo exija la dinámica comisiva concreta de la infracción de que se trate, siéndolo por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia que amplía constantemente el concepto, tanto las de fuego como las blancas (...), una navajita —sentencia de 6 de diciembre de 1905—, un cortaplumas —sentencia de 4 de mayo de 1907—, una navaja de pequeñas dimensiones —sentencia de 24 de mayo de 1982—, una piqueta o machete de carnicería —sentencia de 5 de junio de 1982—, un artillugio denominado «nunchaco», formado por dos palos de madera cortos unidos por una cadena de hierro —sentencia de 14 de noviembre de 1981—, los destornilladores —sentencia de 2 de noviembre de 1982 y 26 de enero de 1983—, y, finalmente, también los palos, garrotes y barras de hierro; pero, sin embargo, conforme a doctrina invariable de este Tribunal, no son armas, a efectos de los preceptos penales antecitados, aquéllas de imitación de las auténticas, las que sólo intimidan porque las víctimas las confunden con las verdaderas, pero que carecen de toda posibilidad de herir, de lesionar o de matar a dichos ofendidos, es decir, de convertir, lo que inicialmente era un robo con intimidación, en una hipótesis, de mayor peligrosidad, de robo con violencia en las personas, encontrándose entre dichas falsas armas, las pistolas de plástico o de juguete, las detonadoras y las de foguero, a menos, claro está, que construidas con materiales duros y resistentes pudieran usarse como objetos contundentes aptos para golpear eficazmente, y de modo vulnerante, al sujeto o sujetos pasivos si las circunstancias del caso lo requieren.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 501, último párrafo. Uso de armas: sus diferencias con el porte de armas del número 1.º del artículo 506. El uso absorbe el porte.

«El uso de armas en el delito de robo da lugar a la aplicación del subtipo agravado de dicho delito establecido en el último párrafo del precepto anteriormente invocado que obliga al Tribunal a imponer la pena legalmente señalada en el tipo en su grado máximo y que debe ser considerado distinto de la circunstancia de agravación consignada bajo el número primero del artículo 506 del mismo cuerpo legal, aunque tengan iguales efectos, ya que esta circunstancia se refiere tan sólo al llamado «porte de armas», mientras que el subtipo requiere el uso de las mismas, entendiéndose por uso la utili-

zación del arma bien sea para disparar con ella o bien para intimidar a las víctimas, lo que supone que mientras en el primer supuesto el portador del arma puede llevar ésta sobre sí, pero oculta, en el segundo se necesita por lo menos su exhibición intimidatoria, que podría haber sido conseguida por otros medios menos peligrosos, por lo que significando un adelanto en el «*iter criminis*» cuando concurren ambas, como generalmente tiene que ocurrir en el supuesto de uso (ya que para exhibir un arma es preciso llevarla) el porte queda absorbido en el uso o utilización integrando el referido subtipo, que en este caso, aparece correctamente aplicado en la instancia.» (Sentencia de 18 de junio de 1983.)

Artículo 504, 1.º Escalamiento: acceso a los bienes muebles por vía insólita o desacostumbrada.

«La jurisprudencia más reciente de esta Sala (sentencias de 9 de diciembre de 1981, 11 de febrero, 5 de abril y 27 de septiembre de 1982) entiende, al intentar definir el escalamiento a los efectos penales, que lo trascendental no es que el agente trepe, ascienda o suba, ni tampoco que penetre en el interior del inmueble por vía no destinada al efecto según la clásica definición legal, sino que lo verdaderamente relevante es que logre acceder a los bienes muebles de los que pretende apoderarse por vía insólita o desacostumbrada, es decir, valiéndose de una conducta que no sea la natural o aquella de la que usualmente se sirven los titulares de dichos bienes para llegar a ellos, conducta de singular peligrosidad que revela el sujeto para vencer o burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales protectoras de la propiedad.» (Sentencia de 8 de noviembre de 1983.)

Artículo 504, número 3.º. Robo con fractura: concepto.

«Existió **fractura**, pues por su amplia concepción doctrinal y jurisprudencial comprende el rompimiento, efracción o quebrantamiento de objeto que impida el libre acceso al local cerrado (Sentencias de 11-1-61, 24-9-69, 17-11-82 y 20-9-82), ya que a partir del Código Penal de 1944, la «fuerza» en las cosas constituye el género de una amplísima especie legal de robos, que se sintetiza en la peculiar violencia de la fractura, que no se ciñe a su estricta significación, sino que responde a una laxa concepción jurídica que reputa actos de fuerza determinantes de robo los de violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano directa o mecánicamente ayudado, aunque sea débil o mínimo, para dolosamente vulnerar la protección de cierre o guarda que se adopta en defensa del patrimonio (Sentencias de 7-2-79, 13-2-82 y 20-9-82), como se logra con el desmontaje de cristales, aunque no se llegaran a romper (Sentencia de 13-3-82) o con la presión que hace ceder un parabrisas sin desperfecto (Sentencia 27-3-82), sin que lo cuantitativo del esfuerzo para quebrantar sea trascendente, pues como especialmente afirma y matiza la Sentencia de 5 de abril de 1981, lo que da relieve al robo es que la fractura aún con escasa dificultad, vulnere convirtiéndolo en inocuo, el signo defensivo de la propiedad, sin preciasr la solidez del obstáculo con tal que exista y ponga de manifiesto la contraria voluntad del dueño a la dolosa actividad

del agente para sustraer la cosa ajena, razones que conllevan a rechazar el motivo examinado por su clara improcedencia.» (Sentencia de 13 de octubre de 1983.)

Artículo 506, circunstancia 1.ª **Porte de armas sin usarlas. Es aplicable a los robos con violencia o intimidación en las personas del tipo básico (501, número 5.º) si el valor de lo robado es superior a las treinta mil pesetas.**

«Que por más que la reforma de 25 de junio de 1983 circunscriba el ámbito de aplicación del acabado de citar artículo 506, el cual, en lo sucesivo sólo operará cuando se trate de hipótesis de robo con fuerza en las cosas y, de ninguna manera cuando lo perpetrado sea subsumible en el artículo 501 de dicho cuerpo legal —robo con violencia e intimidación en las personas—, el mismo legislador, sagazmente y para evitar agravios comparativos, en el número 5.º del actual artículo 501, establece que, en los supuestos contemplados por dicho número, la pena aplicable será la de prisión menor, «salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste»; lo que significa, inequívocamente, y para lo que aquí interesa, que siendo la cuantía de lo sustraído superior a treinta mil pesetas, en este caso, tendría que aplicarse la pena de prisión menor establecida en el párrafo primero del artículo 505 elevada a su grado máximo por imperio de lo dispuesto en el párrafo segundo de dicho precepto y de la circunstancia primera del artículo 506 actual, cuya circunstancia es de apreciación positiva tal como se ha razonado antes; todo lo cual conduce a la conclusión de la irrevisibilidad de la sentencia impugnada en el extremo analizado, toda vez que, con la legislación anterior y con la ahora vigente, la penalidad imponible es exactamente la misma.» (Sentencia de 30 de diciembre de 1983.)

Artículo 506, circunstancia 4.ª **Las oficinas de una compañía eléctrica tienen carácter mercantil y recaudatorio.**

«Que el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, combate la aplicación al caso de autos del artículo 506-4.º del Código Penal, por estimar que las oficinas de las Fuerzas Eléctricas de Cataluña no son bancarias, ni recaudatorias, ni están destinadas a la conservación de caudales y, por tanto, la agravación aplicada por la sentencia fue indebida. Mas el recurso ha de decaer necesariamente en tanto que tales oficinas son mercantiles, y esta circunstancia, respetada por la reforma de 25 de junio de 1983, es agravatoria del robo, con independencia de que se conserven o no caudales en ella, aunque en el caso de autos los había y bajo la custodia de un Cajero. Pero la agravación específica nace del carácter mercantil de la oficina ordinariamente dedicada a extender los contratos de suministro de energía, percepción de fianzas, liquidación de recibos de los cobradores, etc., con lo que debe concluirse que estuvo bien aplicada dicha específica agravación.» (Sentencia de 27 de septiembre de 1983.)

Artículo 509. Instrumentos destinados especialmente para la ejecución del delito de robo.

«La Sala aplicó con notorio acierto el artículo 509 del Código Penal, el cual se refiere a todos los instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, entre los que se encuentran las ganzúas —específicamente citadas en el precepto—, y también las palanquetas, las limas y masa para hacer moldes de cerradura, las llaves, las linternas, las cuerdas para escalar, los destornilladores, las tijeras de cortar chapa, los sopletes (cualquiera que sea su clase), las seguetas o sierras de cortar hierro, los cortafíos y demás herramientas similares, si el que los tuviere en su poder no diere el descargo suficiente sobre su adquisición, tenencia o conservación.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1983.)

Artículo 528. Estafa. Por engaño bastante hay que entender el que es idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude.

«Nuestro Código Penal en la nueva redacción dada al artículo 528 por la Ley de Reforma urgente y parcial de 25 de junio del corriente año, ha introducido en la definición de dicho delito la exigencia de que el engaño sea bastante para producir error en otro, o como se interpreta en las Sentencias de esta Sala de 5 y 24 de marzo y 24 de septiembre de 1981 y 26 de marzo de 1982, que sea «idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude» y «normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial defraudatorio.» (Sentencia de 19 de noviembre de 1983.)

Artículo 529, 7.º. Estafa: agravación por la especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación.

«Según la nueva redacción de los artículos 528 y 529, por exceder la defraudación de 30.000 pesetas la pena procedente sería la de arresto mayor; pero al alcanzar tan importante cifra de casi cuatro millones y tratarse de cuotas de la Seguridad Social, con repercusión en la marcha de tan trascendental servicio público, es de estimar la agravante 7.º del artículo 529 como muy calificada, lo que obliga a elevar la pena a prisión menor, en sus grados mínimo o medio (regla 4.ª del artículo 61).» (Sentencia de 15 de diciembre de 1983.)

Artículo 540 (en relación con el 541, 1.º). La venta de una vivienda por precio superior al fijado oficialmente no constituye delito.

«No aparecen los elementos típicos del delito del artículo 540: a) no aparece la maquinación, engaño, artificio o subterfugio oculto, pues el recurrente sabía lo que compraba y el precio oficial que a la vivienda correspondía (Sentencia de 23 de marzo de 1978); b) la misma sentencia advierte que el precepto está ordenado a sancionar la venta de viviendas en especulación de largo alcance y no a una venta aislada; c) el mayor precio de venta a las fijadas oficialmente para las viviendas de protección oficial no constituye delito

(Sentencia de 3 de marzo de 1977). En definitiva, cuando se han producido intolerables abusos en esta materia, la vía penal adecuada ha derivado a otras tipicidades del código, como la estafa, o se ha considerado que las infracciones legales que comportan constituyen infracciones administrativas castigadas con los efectos económicos, que las mismas leyes establecen, como pérdida de las bonificaciones, privilegios fiscales obtenidos, exención de contribuciones, etc.» (Sentencia de 11 de noviembre de 1983.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto: también constituye delito la emisión de un talón postdatado que garantiza un crédito y no es medio de pago.

«Que el motivo tercero, por infracción de ley, alega la aplicación indebida del artículo 563 bis b) del Código Penal, por las razones que se acaban de expresar, pero haciendo especial hincapié en que se trata de un cheque postdatado y garantizaba un pago, pero no era medio de pago. La tesis del recurso no puede prosperar en cuanto que el texto del artículo invocado como infringido no deja lugar a dudas: El que librare con cualquier finalidad cheque o talón, sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librador para hacerlo efectivo: ya la sentencia de instancia pone de relieve, con indudable acierto, que se trata de un tipo penal, riguroso y activo, que no establece diferencias en orden a la finalidad perseguida por el librador. Y la doctrina de esta Sala, atendiendo la nueva figura del artículo 563 bis b) del Código, ya ha resaltado de manera suficiente, que la antigua entrega para pago ha sido sustituida por la de cualquier finalidad; que ha desaparecido el requisito de a sabiendas del antiguo precepto, aunque concurre en el presente caso y el momento de la consumación del delito está referido ahora a la fecha consignada en el documento (Sentencia de 25 de febrero de 1975). Por tanto, reuniéndose en el presente caso el elemento objetivo del libramiento del cheque sin disponibilidad de fondos y el subjetivo conocimiento por parte del librador de dicha falta de provisión, integraron el delito por el que se le condena, y motiva la desestimación del recurso.» (Sentencia de 19 de julio de 1983.)

Artículo 563 bis b). Talón postdatado a largo plazo: atipicidad de la conducta.

«La postdatación, cuando es a largo plazo, no está cumpliendo las funciones propias del cheque o talón y, por ende, no merecen su protección punitiva en tales supuestos, so pena de desnaturalizar la cobertura sancionadora del número 1.º del artículo 563 bis b) del Código Penal.» (Sentencia de 18 de enero de 1984.)

Artículo 563 bis b), párrafo último. La remisión ha de entenderse hecha al artículo 528. No existe emisión de talón sin fondos, sino estafa, si hay una inicial finalidad defraudatoria.

«Que habida cuenta que la prestación de fianza en los contratos de alquiler o arrendamiento de vehículos opera como exigencia previa e ineludible de la entrega, y que el acusado —según el relato— trató de hacer efec-

tiva esa obligación mediante un talón bancario sin cobertura o provisión, es decir, mediante la engañosa apariencia de tener a su favor un saldo en cuenta corriente, es palmario que la operación o contrato de alquiler respondió desde su momento inicial, en el ánimo del arrendatario, a una finalidad defraudatoria, y el talón entregado no significó otra cosa que un medio o instrumento para la comisión del delito de estafa, quedando subsumidos los hechos en este título penal según previene el párrafo final del artículo 563 bis b), que por un defecto de técnica legislativa sigue remitiéndose al texto del artículo 529-1º del Código, cuando, después de la reforma parcial introducida por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, la referencia debe hacerse al artículo 528.» (Sentencia de 18 de octubre de 1983.)

Artículo 564. No es aplicable la excusa absolutoria cuando el sujeto pasivo es una sociedad anónima, aunque la totalidad de las acciones pertenezcan a un pariente.

«Tampoco cabe apreciar la concurrencia en el caso de autos de la excusa absolutoria de penalidad admitida por el artículo 564 del Código Penal para las apropiaciones indebidas entre parientes, como correctamente establece la Sentencia recurrida, al constituir la misma un privilegio en el ámbito penal inspirado en razones de concordia familiar, que por tal carácter ha de ser interpretado restrictivamente, sin hacerse extensivo a otros delitos, ni a otras personas que las expresamente comprendidas en su texto, y en el supuesto contemplado el daño inferido no es a pariente que, en aras del vínculo deba soportar el perjuicio patrimonial o ejercitar sólo la acción civil para su reparación, sino que siendo el sujeto pasivo una Sociedad Anónima, tiene una personalidad independiente y autónoma de sus componentes, no siendo por ello posible considerarla como entidad ligada directamente por consanguinidad o afinidad con el procesado, aunque la totalidad o mayor parte de sus acciones pertenezcan a parientes del mismo incluidos dentro de la órbita de la excusa a los efectos de punición.» (Sentencia de 8 de julio de 1983.)

Artículo 565. Crimen culpae. Estudio de los diferentes supuestos.

«Que la forma culposa de delinquir en el Código Penal vigente, está estructurada, con el criterio de «crimen culpae», en virtud del cual se comprenden dentro del mismo, todos los resultados delictivos, siendo el más grave de ellos el que sirve de índice sancionador a la infracción penal, sin que sea obstáculo a la posibilidad de sancionar todas las acciones culposas que contribuyen al daño del bien jurídico protegido, como concausas del mismo. La doctrina de esta Sala, de modo reiterado, tiene declarado que son condicionamientos necesarios para su apreciación: 1.º La existencia de una o varias conductas positivas o negativas, en cuanto a la dinámica delictiva, susceptibles de ser enjuiciadas en conexión, pero con sustantividad propia, conductas que inicialmente pueden ser lícitas o ilícitas, siempre que, en este último supuesto se dé una total desproporción entre la actividad ilegal y el resultado, hasta el extremo que se desconecte la ilicitud del nexo

de causalidad, que ha de ser apreciado de acuerdo con las diferentes teorías que la filosofía aporta a la temática de la relación causal, pero muy principalmente de acuerdo con el criterio lógico y adecuado que reclaman las circunstancias de los hechos; 2.º En cuanto a la culpabilidad o relación entre la acción y la psiquis del autor, no debe concurrir el dolo, tanto directo como eventual, y sí la sapiencia del posible resultado, ya en forma de culpa consciente o inconsciente, y 3.º Sobre la antijuricidad, que se acapte la violación de la norma socio-cultural que reclama el deber de actuar, de forma determinada, dentro de la convivencia humana, impuesta de modo genérico o de aquel otro deber específico que exige el ejercicio de concretas y determinadas actividades. También conviene recordar, a efectos de resolver el presente recurso, que, en nuestra legislación, se catalogan diferentes grados o clases de imprudencia (temeraria, simple antirreglamentaria y la meramente simple), recogidos en los artículos 565, 586-3.º y 600 del Código Penal, siendo necesario para distinguirlos, tener presentes la mayor o menor intensidad de culpa, mediante un criterio armónico, en el que se conjuguen: la falta de cuidado en el obrar, la mayor o menor previsibilidad del evento y la gravedad de la infracción del deber exigido por el hecho de vivir en sociedad o por el ejercicio profesional que el agente ejercita. No debe olvidarse, por último, que a efectos de penalidad, el párrafo 5.º del artículo 565 del Código Penal, cabe distinguir la impericia o negligencia profesional, como agravante específica, en cuanto que se establece que, en los casos de muerte o lesiones graves concurriendo una u otra, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, habiendo establecido la doctrina de esta Sala (SS. 29-1-77 y 23-10-1983, entre otras), que la impericia descansa en una actuación con ausencia del conocimiento de las reglas que rigen la actividad en la que se realiza la conducta, por lo que se ha dicho que existe una vulneración de la «lex artis» y que la negligencia profesional tiene su apoyo en la infracción de los deberes que son inherentes a la profesión, por lo que la violación recae, de modo primordial, sobre los deberes que exige la actividad que se desempeña por razón del cargo, originándose la vulneración de la «lex functionis».» (Sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

Artículo 565. Conducta culposa: el injusto radica en la injustificada falta de cuidado. Ausencia de la dirección final requerida.

«Que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe pudiendo prever la producción del resultado. Aparecen en este comportamiento los dos elementos que integran la culpa: El psicológico que relaciona la gravedad del riesgo suscitado y la previsibilidad del resultado consecuencia de aquél y el normativo, consistente en el deber de cuidado infringido, constituido ya por normas elementales de común experiencia, ya por preceptos de mayor rango, legales o reglamentarios. La base del reproche de culpabilidad de la imprudencia es la misma en todos los hechos punibles no dolosos. Se reprocha al autor el que en la ejecución de una acción productora de riesgo o peligro, no ha aportado la dirección final requerida para evitar ese evento, aún cuando cabía esperar que así lo hiciera: el injusto gravita en la injustificada falta de cuidado.» (Sentencia de 7 de julio de 1983.)

Artículo 565. Impericia: es equivalente a la culpa propiamente profesional. Distinción con la culpa común cometida por profesional.

«Como ya se ha apuntado por la doctrina jurisprudencial, el otorgamiento de un título profesional crea, indudable y fundadamente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, pudiendo así distinguirse, y esto es lo importante, entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia.» (Sentencia de 2 de enero de 1984.)

Artículo 565. Impericia: error de diagnóstico médico. Distinción según los casos.

«Cabiendo agregar que cuando esta tipicidad punible afecta a la profesión médica, ha de entenderse en su justa valoración al referirse a una ciencia inexacta en que juegan factores inaprehensibles por concurrencia de indudables riesgos en su ejercicio, que quedan extramuros de la responsabilidad, cuando las conductas profesionales se desarrollan dentro de las «reglas del arte» o de aquellos principios que tienden a su normal desenvolvimiento, siendo por lo general atípicas cuando obedezcan a error diagnóstico, salvo que por su misma dimensión la equivocación sea inexcusable, aunque quedando en el ámbito de la culpabilidad la situación carente de la indispensable cautela por riesgo procedente de impericia de elemental deber de saber y por los graves descuidos objetivos, ante intenciones egoístas o irreflexivas con resultados irreparables generados por la grosera omisión voluntariamente asumida.» (Sentencia de 26 de octubre de 1983.)

Artículo 583, núm. 3. Imprudencia simple sin infracción de reglamentos.

«La imprudencia simple sin infracción de Reglamentos a que se refiere el núm. 3 del artículo 586 del Código penal, equiparable a la antigua culpa levisísima del Derecho civil, y que ha sido estudiada por numerosas sentencias de este Tribunal, v. g., las de 13 de diciembre de 1974, 14 y 23 de abril de 1975, 14 de febrero, 3 de mayo y 18 de diciembre de 1978, 26 de abril de 1979 y 9 de diciembre de 1981, se caracteriza, además de por los requisitos comunes a todas las infracciones culposas, por dos notas fundamentales: la **primera de ellas**, consistente en que, el infractor, no se conduzca como lo hubiera hecho cualquier persona extraordinariamente cauta, previsora y diligente, sin haber agotado todas las posibilidades de evitar un resultado dañoso, extremando su celo y diligencia, apurando, de modo absoluto, las precauciones y cautelas propias del caso y mostrando la más exquisita diligencia encaminada a que, su comportamiento, comisivo u omisivo, no genere, an-

lisocialmente, males ajenos; y la **segunda**, de carácter negativo, que radica en la falta de conculcación o vulneración de preceptos de índole y rango reglamentarios, dictados, por la Autoridad competente, para, en la actividad de que se trate, evitar riesgos y conjurar todo peligro nacido de un acaecimiento que pueda redundar en detrimento de la vida, integridad corporal o patrimonio de personas extrañas al quehacer u omitir del culpable.» (Sentencia de 4 de julio de 1983.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 339. Aborto practicado en el extranjero a una española. La analogía prohibida termina donde empieza la interpretación. La vida humana en formación es un bien jurídico constitucional no individual, sino comunitario.

«CONSIDERANDO: Que la receptividad de esta Sala a los avances de la doctrina científica ha quedado bien demostrada en no pocos casos, al adaptar criterios tradicionales de la jurisprudencia penal patria a otros más modernos y progresivos, pero teniendo siempre a la vista superiores exigencias de la justicia material, norte y guía de la interpretación judicial, sin otro valladar que el dogma de la legalidad, que en el campo punitivo adquiere su máxima exigencia como garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, de suerte que si se produce *una laguna de ley*, ésta no puede llenarse recurriendo a la *analogía in malam partem*, no quedando otro recurso al Tribunal penal que el de acudir al Gobierno en la forma prevista en el artículo 2.º, párrafo primero del Código penal; y siempre, por supuesto, que se trate de verdadera laguna, pues si el sedicente vacío legislativo cabe llenarlo acudiendo a los métodos normales de interpretación, tales caminos hermenéuticos habrán de ser agotados hasta encontrar la *ratio legis* del precepto y su verdadero sentido que no siempre se desprende de su mera enunciación textual.

CONSIDERANDO: Que la anterior consideración es perfectamente válida para los casos de aplicación de la ley española en el extranjero, cuando en éste se comete el delito de aborto por españoles, casos de extraterritorialidad regulados en los artículos 336 a 342 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente en la materia, tras proclamar como prevalente el principio de territorialidad en el artículo 333, en perfecta concordancia con el artículo 8-1 del Código civil, de aplicación general, como es sabido, como inserto en el Título Preliminar del mismo Código; preceptos los citados que ya hubo de interpretar esta Sala en caso análogo al ahora enjuiciado de aborto cometido en Francia por españoles que luego regresaron al suelo patrio, en el que se descubrió el delito perpetrado; con la única diferencia, en el caso presente, de que, además de impulsar el motivo *honoris causa* a los encartados, el acto punible en España lo llevaron a cabo en territorio inglés.

CONSIDERANDO: Que la dificultad interpretativa que hubo de salvar esta Sala en dicha primera resolución del tema que nos ocupa (Sentencia 11 diciembre 1980) se derivaba de la aplicación que hizo la Sala de instancia del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los preceptos sancionadores del delito de aborto, en el caso ahora *sub judice* los ar-

títulos 414 párrafo primero y 411-2.º del Código penal, aplicables a la mujer embarazada y su cómplice, respectivamente, pues se entendía que dicho primer artículo de la Ley Orgánica, aparte las condiciones de perseguibilidad que en él se enumeran, partía de un supuesto insoslayable, verdadera condición objetiva de punibilidad, que exige que la comisión del delito en país extranjero, sea de un *español contra otro español*, por lo que si el sujeto pasivo del aborto, el feto, no es aún persona, con arreglo al artículo 29 del Código civil en relación con el 30 del mismo texto legal, mal puede ostentar la *nacionalidad* española que exige el nacimiento; argumento que fue examinado con todo cuidado por la sentencia de esta Sala ya aludida y que, en definitiva, fue rechazado, de acuerdo con el Tribunal a quo, con dos razonamientos básicos: 1.º), el de entender que marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley penal española, era perpetrar un claro *fraude a la Ley* hoy expresamente repudiado en el artículo 6-4 del Código civil, de alcance general por su ubicación en el Título Preliminar, como ya se ha dicho, precepto que afirma que tales actos ejecutados en fraude de ley «no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir», en nuestro caso la sancionadora del aborto en España, pensamiento que se alía con evidentes razones sociológicas que están en la mente de todos y que llevan a discriminar la conducta de españoles según puedan o no trasladarse al extranjero, en clara vulneración del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución española. Y 2.º), que la interpretación del propio artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, ciertamente, por su data ochocentista contemplaba una realidad social muy distinta de la actual, y a la que alude el Código civil en su artículo 3-1, no puede ser hecha aisladamente, sino dentro del contexto en que se aplican tanto el *principio real o de protección* (artículos 336 a 338), como el principio de *personalidad* (artículos 339 a 342), de modo que si el artículo 339 invoca este último principio para el sujeto activo del delito (español que lo comete), no es menos cierto que respecto del sujeto paciente de la actividad delictiva aplica el de protección, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, en nuestro caso el embrión que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española; es decir, que se trata de una vida española, que por su estado de dependencia, sigue la condición de la madre española, especialmente protegido por el total ordenamiento español (civil y penal), contra cuya vida se atenta en el extranjero por la propia madre en cooperación con otro u otros españoles.

CONSIDERANDO: Que la anterior interpretación jurisprudencial ha sido, no obstante, contestada por una parte de la doctrina patria adherida al formal requisito de la nacionalidad española del sujeto pasivo del delito y que por no concurrir en el embrión, provoca una laguna de ley que no puede ser llenada por vía de *analogía in malam partem*; argumento que en su misma simplicidad parece encontrar toda su fuerza dialéctica, pero que cabe rehuir de nuevo, negando su punto de partida de que estemos realmente ante un caso de aplicación analógica, pues como se ha dicho con acierto, ésta termina donde comienza la interpretación.

CONSIDERANDO: Que retornando, pues, al argumento interpretativo, frente a la literalidad del artículo 339: *Español que comete un delito en país extranjero contra otro español*, se alzan todos los demás elementos de interpretación: El *lógico* que relaciona ineluctablemente el *acto* con la *potencia* que lo produce, pues si el *nacido* presupone el *nasciturus*, la protección penal que la ley española dispensa al primero debe amparar al segundo, sin el cual aquél no existiría; el *sistemático* que pone en relación el artículo 339 con los que le anteceden y subsiguen, de cuyo conjunto normativo se desprende que el principio real o de protección no sólo se dispensa por razón de la índole del delito (artículo 336), sino también por razón del sujeto pasivo que alcanza no sólo al español que sufre el ataque delictivo (artículo 339), sino al mismo extranjero (artículo 340), de modo que de no incluir al feto, con expectativa de ciudadanía española, por razón del prevalente *ius sanguinis*, en el primero de dichos dos preceptos, se le haría de peor condición que al no nacional, con grave quebranto de un bien jurídico cuya defensa toma el Estado español en defecto de la madre, llamada, en primer término, a asumir tal cobertura de la vida *in fieri*; y, en fin, el *elemento teleológico* que lleva al mismo resultado, pues si ya se ha dicho que el principio de protección y no el de la personalidad juega en el caso contemplado, ese *telos* se obtiene igualmente acudiendo a los preceptos del Código penal que castigan el aborto como *delito contra las personas*, lo que indica bien claramente que una es la personalidad en sentido jurídico-penal y otra la contemplada a *efectos civiles* en el ámbito iusprivatista; conclusión que se obtiene igualmente en el orden constitucional, y éste es argumento decisivo dada la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes de nuestro ordenamiento jurídico, en la que se aprende (artículo 15) que el derecho a la vida es un derecho primordial y fundamental ante el cual deben ceder ficciones y presunciones de derecho privado, de modo que la declaración constitucional es una garantía objetiva que alcanza también al *nasciturus*, aunque luego el ordenamiento penal valore de distinto modo —a través de la pena y aun de excepciones a ésta (indicaciones)— la vida dependiente (la del embrión) y la autónoma del ya nacido. En definitiva, y como se ha dicho con sumo acierto: *la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección*, es un *bien jurídico constitucional*, un *bien jurídico de la comunidad* y no un bien jurídico individual, del cual no puede disponer la mujer por sí misma, sino sólo en los casos contados y excepcionales que la norma penal lo autorice; por lo que, concluyendo, esta interpretación constitucional, del más alto rango normativo, debe superponerse a cualquier otra que la desconozca.

CONSIDERANDO: Que, en virtud de la anterior doctrina, ya anteriormente enunciada por esta Sala, como se dijo, es de desestimar el único motivo del recurso que propugna la impunidad del aborto practicado en el Reino Unido, en una clínica de dicho país, con el consentimiento de la embarazada, en estado de gravidez de tres a cuatro meses, unida en su decisión con el otro procesado, autor de tal estado, movidos ambos principalmente por el deshonor familiar que se produciría en el lugar de su residencia, dada la soltería de la gravida, además de ser impulsados los dos procesados, que carecen de trabajo, por otras motivaciones de índole económica; pues no cabe invocar el principio de territorialidad, como hacen los recurrentes, re-

firiéndolo a Inglaterra, país en el que —dicen— no es delito el aborto concurriendo la indicación social de que ha hecho mérito; en primer lugar, porque ya hemos visto que en el caso de autos juega el principio de personalidad, conjugado con el de protección por el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, excepciones ambas al de territorialidad, en cuyo precepto *no se exige*, a diferencia de lo que acontece cuando el sujeto pasivo es *extranjero* (artículos 340 y 341): que el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró, aunque lo sea según las leyes de España; y, evidentemente, el feto concebido por madre española, no es extranjero, en tanto la misma conserva la nacionalidad patria; concurriendo, por lo demás, los tres requisitos estatuidos por el precepto: Querrela del Fiscal en cuanto está legitimado para ello, en defecto del ofendido, por tratarse de delito público: haber regresado ambos procesados a España y que no haya constancia de habérseles seguido procedimiento alguno en el extranjero.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la última alegación de los recurrentes, la permisividad de la «indicación social» en territorio británico, tampoco puede prosperar, ya que es argumento complementario del anterior, por lo que debe correr su misma suerte. En efecto, en España no se da tal «indicación social», ni aún en el Proyecto de Ley, en trance de aprobación parlamentaria, en el que se prevén las indicaciones terapéutica, jurídica y eugenésica; razones todas que conllevan la anunciada desestimación del recurso.» (Sentencia de 15 de octubre de 1983.)

BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel: «El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre». Editorial Bosch, Barcelona, 1983, 140 págs.

Este libro del Juez José Manuel Bandrés recoge de un modo conciso la naturaleza, organización, competencia y procedimiento del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, o de los Derechos Humanos, según se utilice la traducción francesa o la anglosajona. Dicho Tribunal, como se sabe, fue creado en Roma el 4 de noviembre de 1950, al igual que la Comisión Europea de Derechos Humanos, al ser firmada la Convención Europea de Derechos Humanos por las naciones integrantes del Consejo de Europa. El artículo 19 de dicha convención instituyó ambos nuevos órganos dentro del Consejo de Europa con la finalidad de asegurar el respeto de los compromisos que se derivan para los Estados signatarios de la Convención.

En este sentido, aunque el libro que comentamos sólo hace las remisiones indispensables a ella, antes de entrar a analizar el contenido del mismo, creo necesario, en tanto en cuanto fue la institucionalizadora del Tribunal, hacer unas breves referencias a la Convención en sí misma.

La Convención entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 después de que se hubiesen depositado los diez instrumentos de ratificación necesarios según el artículo 66 de la propia Convención.

En dicha Convención se establece, como dijo al referirse a la misma Luis Ignacio Ortega en el volumen colectivo sobre «El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos», un sistema para garantizar que los ordenamientos jurídicos de los Estados signatarios recojan una tabla de derechos, cuya violación puede ser denunciada ante un tribunal, tanto por los demás estados contratantes como por los ciudadanos que sufran dicha violación. Los derechos protegidos en la Convención son: el derecho a la vida (art. 2), prohibición de torturas y tratos inhumanos (art. 3), prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados u obligatorios (artículo 4), el derecho a la libertad (art. 5), el derecho a un juicio equitativo e imparcial (art. 6), prohibición de la retroactividad de los delitos y de las penas (art. 7), el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia (art. 8), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), libertad de expresión (art. 10), libertad de reunión y asociación (art. 11), y derecho al matrimonio y a la fundación de una familia (art. 12).

A estos derechos hay que añadir los de: a la propiedad, a la educación y a la celebración de elecciones libres, contenidos en los artículos 1, 2 y 3, respectivamente, del Primer Protocolo adicional, hecho en París el 20 de marzo de 1952; igualmente, se contemplan la prohibición de la prisión por deudas, la libertad de residencia y movimiento, la prohibición del exilio y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, en los artículos 1, 2,

3 y 4 del Cuarto Protocolo hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1967.

La Convención, con sus cinco protocolos adicionales contiene, pues, una serie de derechos y libertades cuyo respeto debe ser observado por los estados contratantes.

La Convención, o Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, fue firmada por España el 24 de noviembre de 1977 y tras la ratificación por las Cortes Generales, fue publicada en el «B. O. E.» de 4 de octubre de 1979, reconociéndose la jurisdicción del Tribunal el 15 de octubre de ese mismo año. Con ello se posibilita el acceso directo de los ciudadanos españoles y de las personas que se encuentren en España a los órganos de la Convención a partir del 1 de julio de 1981. Este último paso hace, como puso de manifiesto el juez español del Tribunal, Eduardo García de Enterría, que la Convención, con su tabla de derechos fundamentales, pasa a convertirse en derecho interno español, a virtud del sistema del artículo 96 de la Constitución, y por tanto, en norma invocable ante los Tribunales y las autoridades españolas como inmediatamente aplicable, y que, además, resultará inmune frente a las leyes ordinarias, respecto de las cuales prevalecerá normalmente, según el mismo precepto de la Constitución. Además, la Convención tiene un valor interpretativo directo de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, según dispone el básico artículo 10.2 de la Constitución, lo que se traducirá normalmente en la protección reforzada a través del amparo que establecen para estos derechos los artículos 53.2 y 161.1 b) de la propia Constitución. Finalmente, la vinculación de nuestro Estado a la Convención hace entrar en juego todo el sistema de protección que la propia Convención ha previsto, a través de los específicos órganos europeos (Comisión Europea de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité de Ministros), puesto que la Convención no se ha limitado a una simple declaración de intención y de buenos propósitos de los Estados signatarios, sino que se ha preocupado de poner en pie un importante sistema institucional europeo de protección, ofrecido incluso, además de a los Estados, a los sujetos privados, titulares reales de tales derechos.

Y, tras esta corta introducción, pasemos ya a analizar el contenido del libro. Está dividido en diez capítulos, a lo largo de los cuales el autor se adentra en el título IV de la Convención (arts. 38 a 56) que es, básicamente, el dedicado a la regulación del Tribunal.

El Tribunal puede ser definido como el órgano judicial especial instituido por la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y libertades reconocidos en dicha Convención mediante, fundamentalmente, la realización de un proceso encaminado a declarar el contenido y extensión de esos derechos y la existencia o no de una violación de los mismos. Como consecuencia, las sentencias que dicta el tribunal adquieren una relevancia internacional porque son los Estados los presuntos condenados por un tribunal internacional que hace el reproche jurídico de la inobservancia de las prescripciones contenidas en la Convención, en nombre de la comunidad europea, de ese conjunto de valores democráticos que conforman los pueblos

Europeos. Se analiza a continuación la naturaleza del tribunal, haciendo hincapié en las notas de independencias, exclusividad y subsidiariedad. En cuanto a la organización del Tribunal hay que decir que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, cuya sede está en el Palacio de los Derechos del Hombre, en Estrasburgo, se compone de tantos miembros como naciones pertenecen al Consejo de Europa, debiendo ser cada juez de nacionalidad distinta. Las páginas 20 y siguientes están dedicadas a explicar el estatuto personal de los jueces europeos y la estructura interna del Tribunal: Presidencia, Vicepresidencia, las Salas, el Pleno, la Secretaría y los principios de procedimiento. Los capítulos V y VI están dedicados a explicar, respectivamente, la «competencia» del Tribunal (tanto la territorial y temporal, como la funcional) y el procedimiento propiamente dicho (fase preliminar, fase inicial, fase intermedia y fase decisoria).

Todo el procedimiento que se sigue ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos está encaminado, lógicamente, a la producción de sentencias que declaren la existencia o no de violaciones de los derechos y libertades recogidos en la Convención y puestos bajo la tutela del Tribunal. Y a esas sentencias está dedicado el capítulo VII, donde se contemplan detalladamente la estructura (han de ser motivadas), el contenido y clases, sus efectos y valor (firmeza y fuerza vinculante) y los recursos contra las mismas. Además, se hace a continuación una pequeña exégesis del Protocolo segundo, hecho en Estrasburgo el 6 de marzo de 1963, por el que se confiere al Tribunal la competencia de emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos» (art. 1, del Protocolo núm. 2).

La última parte del libro, y quizá la más importante, está dedicada a comentar, siquiera sea brevemente, algunas de las casi cincuenta sentencias dictadas hasta la fecha por el Tribunal. A juicio de Bandrés, «las grandes sentencias, por la doctrina que construye el Tribunal y los efectos importantes que produce en el orden europeo de los derechos humanos», fueron el caso *Lawless*, de 1 de julio de 1961 (en la que se valoraba, de acuerdo con los artículos 5.º y 6.º de la Convención, la actuación del Gobierno de Irlanda por los diversos arrestos y condenas impuestas al mencionado *Lawless*, como presunto militante del IRA); la dictada en el asunto de los militares holandeses *Engel, Van der Wiel, De Wit, Dona y Schul*, de 8 de junio de 1976 (en la que se valoraba, de acuerdo con los artículos 5.º, 6.º y 7.º de la Convención, la actuación del Gobierno de Holanda sobre los citados en base al derecho disciplinario militar interno); y la de 18 de enero de 1978, que es la primera vez en la historia del Tribunal que conoce de una demanda entre Estados, Irlanda contra el Reino Unido, al analizar los artículos 3.º, 5.º y 6.º de la Convención en relación a las actividades británicas en la Isla de Irlanda.

El capítulo X, y último, lleva el epígrafe de «conclusión». En él, Bandrés aboga por la incorporación de todos los Estados Europeos a los trabajos del Consejo de Europa, y la aceptación de la Jurisdicción del Tribunal; sugiere, también, la incorporación de nuevos derechos al catálogo de los ya señalados (el derecho al trabajo, a una remuneración justa, etc.), y otras

medidas como la necesidad de aumentar el número de jueces, o el perfeccionamiento del proceso, con el fin de acelerar su resolución.

Finalmente, se incluyen como Apéndices los textos completos de la Convención y los Protocolos adicionales, así como una somera bibliografía sobre el tema.

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

GROSSO GALVAN, Manuel: «Los antecedentes penales: rehabilitación y control social». Editorial Bosch, Barcelona, 1983, 425 págs.

El tema de los antecedentes penales, alguna de sus consecuencias, su materialización y seguimiento y su cancelación y consecuencias de la misma, parece que están de moda, Y digo esto, porque en muy breve período de tiempo se han producido en la literatura penal las suficientes obras sobre estos temas para llegar a tal conclusión (1).

Comienzo poniendo de manifiesto tal circunstancia porque el propio Grosso Galván indica en el libro que ahora comentamos que uno de los principales condicionamientos con que se encontró al abordar el tema de los antecedentes penales fue, precisamente, la «ausencia casi total de bibliografía sobre el mismo», escasez de material que, efectivamente, resulta incomprendible ante la evidente trascendencia social o normativa del tema.

Este libro del profesor Grosso contiene, básicamente, la tesis doctoral del autor, puesto que no se contemplan las modificaciones que la ley orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal de 25 de junio del pasado año, introdujo sobre todo en el artículo 118, así como las del posterior Real Decreto de 28 de julio del mismo año sobre la cancelación de los antecedentes penales. Ambos textos, sin embargo, vienen recogidos como anexos al final de la obra.

El libro está dividido en cinco capítulos. Se dedica el primero a introducir al lector en la significación e historia de los antecedentes penales. Los define como «la constatación de sentencias pronunciadas contra un individuo, de la adopción de medidas de seguridad o de la mera declaración en rebeldía del mismo». Esta definición podemos complementarla diciendo que cumplen una función estrictamente jurídico-penal, con lo que su Registro es el obligado instrumento administrativo para el debido conocimiento judicial de las diversas circunstancias que pudieran concurrir en el sujeto sometido a un pro-

(1) Así, sólo en los dos últimos años y que yo conozca, se han publicado las siguientes: ADELA ASÚA BATARRITA, *La Reincidencia*, Univ. de Deusto, Bilbao, 1982; VICENTE BAEZA AVALLONE, *La Rehabilitación*, Madrid, 1983; ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *La Reincidencia*, en «Comentarios a la Legislación Penal», tomo II (El Derecho Penal del Estado Democrático), Madrid, 1982, págs. 46 y ss. Además, la consulta núm. 3/1981 de 13 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la «Naturaleza de la cancelación de antecedentes penales», en la Memoria de 1982, págs. 170 y ss., y el libro de BORJA MAPELLI CAFFARENA sobre los *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, que dedica las págs. 6 a 192 al tema de la resocialización.

ceso; con razón decía Bueno Arús que «responden a una concreta directriz de Política criminal, que considera más graves los actos criminales repetidos, o necesitado de una mayor intensidad en la prevención o en la reforma al delincuente respecto del cual la pena se ha manifestado hasta el momento como insuficiente medio de obligar a respetar el orden establecido» (2).

En el capítulo II se estudia detenidamente el «régimen jurídico de los antecedentes penales», tarea no exenta de dificultades ante la dispersión normativa existente en la materia. Sin embargo, se bucea en las distintas normas que hacen referencia a los mismos (Ley de Enjuiciamiento Criminal, Código Penal, Código de Justicia Militar, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, Ley General Penitenciaria y su Reglamento, Ley Penal y Disciplina de la Marina Mercante y Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea), destacando la necesidad de que, al igual que ocurre en la República Federal de Alemania, donde toda la normativa sobre el Registro se halla resumida en un solo texto: la «Bundeszentralregistergesetz» (BZRG), se regule de una forma unificada este sector olvidado del Derecho penal.

El capítulo III está dedicado a lo que el autor llama «Derecho Registral Penal» y en el que estudia los tres Registros que recogen, aunque de forma diversa, las consecuencias de la infracción de la norma penal. Estos son: el Registro Central de Penados y Rebeldes, dependiente de la Dirección General de Justicia; el Registro Central de Conductores e Infractores, a cargo de la Dirección General de Tráfico; y el Archivo Central de la Dirección General de Seguridad o Archivo Policial. La naturaleza de los mismos es también distinta: así, mientras el primero es puramente penal, el segundo posee una naturaleza típicamente administrativa, y en el último predomina lo penal sobre lo administrativo. Se contiene, pues, en este capítulo un estudio pormenorizado de la organización, funcionamiento y procedimiento de acceso a la información de los mismos.

Mayor interés tienen, a mi juicio, los dos últimos capítulos del libro, dedicados a la rehabilitación, en cuanto cumple, entre otros, el efecto de la cancelación de los antecedentes penales, en el capítulo IV, y al significado de los mismos a la luz de los fines de la pena (capítulo V). Decía Jean Graven que, con la rehabilitación «se borra la condena del registro de antecedentes, y es, para el futuro, cual si no hubiera existido (3); esto es, la rehabilitación operará la verdadera «restauratio in integrum» del hombre en otro tiempo marcado por la sentencia, en cuanto le releva para el futuro de privaciones de derechos y privilegios, de incapacidades y pérdidas acordadas, y vuelve a ser apto para el ejercicio de sus derechos cívicos, familiares y profesionales de que pudo ser privado. Pues bien, tan importante institución es abordada por el autor de un modo sistemático, contemplando su evolución histórica,

(2) Cfr. *Los antecedentes penales*, en «Boletín del Ministerio de Justicia», núm. 929, Madrid, 1972, pág. 3.

(3) Cfr. *Las ideas de la criminología moderna en la legislación positiva*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1958, pág. 504, traducción de Pascual Menéu.

su naturaleza jurídica, sus efectos, el procedimiento para conseguirla y sus clases (4), siguiendo el texto del artículo 118 del Código penal y las demás normas complementarias.

Como decía, el capítulo V está dedicado a contemplar los antecedentes penales en relación con los fines de la pena. En esa dirección se contemplan como factores de estigmatización y de control social, como elementos que «ayudan» a determinar la aplicación de determinadas etiquetas sociales antibivalentes y que permita la clasificación de delincuentes a los individuos que la poseen. Termina el capítulo con unas breves digresiones sobre los fines de la pena y el contenido del artículo 25,2 de la Constitución Española de 1978 (5), en las que se patentizan las contradicciones entre los antecedentes y el texto constitucional.

El libro finaliza con una enumeración de conclusiones, no en vano reproduce el trabajo de tesis doctoral, y de consideraciones de «lege ferenda» entre las que caben destacar: la necesidad apremiante de que se dicte una normativa, que con carácter único regule, al menos, el Registro Central de Penados y Rebeldes y el de Peligrosos sociales; la reducción al campo judicial la función informativa del Registro, y la desaparición total de los antecedentes o, al menos, su eliminación automática al cumplirse la pena.

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

(4) Un estudio más pormenorizado puede verse en el libro de BAEZA AVALLONE, citado en la nota (1).

(5) Sobre dicho artículo puede verse el trabajo de MANUEL COBO DEL ROSAL y JAVIER BOIX REIG, *Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social*, en «Comentarios a la legislación penal», tomo I (Derecho penal y Constitución), Madrid, 1982, págs. 217-227.

MAJADA PLANELLES, Arturo: «Práctica concursal (Concurso de acreedores-Suspensión de pagos-Quiebra-Derechos de los trabajadores)». Bosch, Barcelona, 1983, XVI + 880 págs.

1. En los últimos años y estimulado por la prolongada situación de crisis económica, se ha avivado perceptiblemente el interés por el tratamiento de las cuestiones relativas al *Derecho concursal*. En esta línea se pueden destacar los intentos de llevar a cabo una profunda reforma legislativa en tal terreno, concretados, como es sabido, en el *Anteproyecto de ley concursal*, publicado el pasado año. No necesita repetirse, una vez más, la conveniencia de proceder a la renovación de nuestro Derecho concursal, caracterizado por su arcaísmo, la dispersión de las fuentes legislativas y la arbitraria separación de los procedimientos concursales en función del carácter civil o mercantil del deudor común en situación de crisis económica. El interés por la reforma, perceptible ya hace bastante tiempo (1), se ha manifestado, además y con gran

(1) Cfr. la referencia al «Anteproyecto de ley de concurso de acreedores», de 1959, en ROJO, *Notas para la reforma de la legislación concursal*, RDM, 1975, págs. 512 y sigs.

intensidad, en el plano doctrinal, debiendo reseñarse la publicación de numerosos trabajos que desde las perspectivas mercantil y procesal, sustancialmente, han pretendido delimitar los criterios fundamentales alrededor de los cuales pueden vertebrarse los principios del moderno Derecho concursal (2). Es de lamentar, sin embargo, la no muy abundante contribución de la ciencia jurídico-penal española a las tareas de la reforma. Bien es cierto que los aspectos predominantes en el tratamiento jurídico del concurso son los estrictamente privados y procesales, pero ello no debe conducir al desconocimiento del significativo relieve penal de la declaración del concurso, y la consiguiente necesidad de que la reforma de las instituciones concursales se haga en coordinación con la reforma penal, a fin de evitar las bien conocidas discordancias existentes en la actualidad, dentro del particular sector de la quiebra, entre las regulaciones mercantil y penal, discordancias que han debido ser salvadas, como es bien sabido, en una ya dilatada y no siempre fácil labor jurisprudencial (3).

2. El presente libro aspira a ofrecer un tratamiento *completo* del Derecho concursal desde una perspectiva esencialmente *práctica*. En este sentido, la obra se inscribe en la ya amplia trayectoria profesional del autor, integrada por un amplio elenco de publicaciones con características similares a la que comentamos (4). El propio Majada manifiesta en el prólogo de su libro que el mismo va destinado a los profesionales cuya actividad hace relación directa al Derecho concursal. Subrayar esta vertiente práctica del libro es de gran importancia para comprender exactamente su significado. Conocidas son las, a veces, tortuosas relaciones existentes en nuestro país entre las vertientes teórica y práctica del estudio de las instituciones jurídicas. Conocida es, también, la incomunicación existente entre ambas y la habitual ignorancia por el teórico de aspectos significativos de la aplicación efectiva de la norma, y por el práctico de aportaciones decisivas para la mejor interpretación del ordenamiento vigente, y la reforma del mismo, en su caso. Es obvio que de tal situación de incomunicación no sale beneficiado nadie y se resiente, sin duda, el mejor servicio al Derecho.

(2) Vid. al respecto, ILLESCAS, *Apuntes para una reforma del Derecho concursal español*, Bol. del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 1977, páginas 6 y sigs.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Universidad de Sevilla, 1978; OLIVENCIA, *El Derecho concursal*, en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 315 y sigs.; VICENT, *En vísperas de la reforma del Derecho concursal español*, RJC, 1978, págs. 919 y siguientes; DUQUE, *Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma*, ADC, 1980, págs. 29 y sigs.; PÉREZ DE LA OLIVA-CUESTA RUTE, *Algunas consideraciones para la reforma del Derecho concursal*, Rev. Der. Proc., 1977, págs. 641 y sigs., así como las aportaciones de OLIVENCIA, ROJO, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, CARRERAS, Díez PICAZO, GONZÁLEZ CAMPOS y URÍA, contenidas en el libro *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1980.

(3) Sobre los aspectos penales del Derecho concursal, *vid.*, con gran detalle, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, 2.ª ed. (puesta al día y revisada por García Valdés), Madrid, 1978, págs. 9-192, y bibliografía allí citada.

(4) Cfr. particularmente, *Práctica procesal penal*, 4.ª ed., Barcelona, 1980, *Práctica procesal civil*, 19.ª ed., Barcelona, 1982; *Cheques y talones en cuenta corriente*, Barcelona, 1983.

En este contexto, el libro de Majada se inscribe en una perspectiva que pudiéramos denominar «clásica» en el estudio práctico de las instituciones jurídicas, en este caso, las concursales. Así, aparece dividido en cinco apartados, en los que se tratan, respectivamente, los *Convenios extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores sobre exigibilidad de sus créditos* (págs. 1 y sigs.), la *Quita y espera* (págs. 13 y sigs.), el *Concurso de acreedores* (págs. 61 y sigs.), la *Suspensión de pagos* (págs. 231 y sigs.) y la *Quiebra* (págs. 549 y sigs.). Dentro de cada uno de estos apartados el autor incluye la transcripción de los textos legales más relevantes con un comentario de los mismos, en el que ocupa una posición destacada la referencia a las resoluciones jurisprudenciales —en particular, de las Audiencias Territoriales más adaptadas al caso concreto que se estudia. Incluye, igualmente, modelos de formularios y la bibliografía española correspondiente a cada materia. El libro se completa con tres índices relativos, respectivamente, a los comentarios, formularios y materias examinadas en él.

3. El libro cumple exactamente el papel pretendido por su autor de constituir una exposición completa de los problemas planteados por la aplicación práctica de las instituciones del Derecho concursal. Es de elogiar la excelente puesta al día de la obra y la recogida, selectiva y cuidada de la jurisprudencia, y, en menor medida, de la bibliografía española especializada. Se echa en falta, no obstante, la referencia a una obra importante en el panorama actual de la cuestión, como es *La reforma del Derecho de quiebras* (Madrid, Civitas, 1980), que recoge las ponencias presentadas al congreso que con igual título se celebró a finales de 1979, bajo los auspicios de la Fundación Universidad-Empresa y la Universidad Autónoma de Madrid.

Al margen de estas circunstancias, que no sirven para desvirtuar la finalidad de la obra ni para desmerecer su utilidad, no observamos en el libro de Majada consideración alguna de las novedades que pretende introducir en nuestro ordenamiento el ya citado Anteproyecto de ley concursal, anterior a la fecha de publicación de la obra. Esta omisión puede entenderse justificada por la específica naturaleza de la obra que comentamos, y su ya referida finalidad de servir a la práctica. No se nos ocultan, asimismo, las dificultades de llevar a cabo adecuadamente la exposición de normas en proyecto, que deben ser sometidas, en todo caso, al inexcusable trámite de la discusión parlamentaria. Siendo todo lo anterior cierto, entendemos, no obstante, que la referencia al Anteproyecto en el libro de Majada hubiera sido sumamente útil. Y ello por varias razones, entre las que destacan, básicamente, las sustanciales novedades, tanto procedimentales como de contenido, que el Anteproyecto contiene. Como es bien sabido, el texto aprobado por la Comisión General de Codificación ha pretendido terminar con la separación existente entre concurso de acreedores y quiebra, suprimir el procedimiento *paraconcursal* de la suspensión de pagos y acabar con la dispersión legislativa existente. Como afirma la exposición de motivos del Anteproyecto, se aspira a la «unidad legal, de disciplina y de sistema: unidad legal, de tal modo que una sola ley regule los aspectos materiales y formales del fenómeno concursal; unidad de disciplina, superando la diversidad del régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor, y unidad de sistema, haciendo confluir en un procedimiento único, flexible y ajustado a las exigencias de la realidad,

un tratamiento antes disperso en la pluralidad del concurso y la quiebra, y de los beneficios de quita y espera y de la suspensión de pagos». Al mismo tiempo, el Anteproyecto pretende acabar con la finalidad *liquidatoria* como característica necesaria de los procedimientos concursales. En consonancia con las más recientes tendencias legislativas y doctrinales —como la reforma legislativa francesa de 1967, las normas italianas sobre administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, de 1979, o las ideas sobre el *Sanierungsverfahren* en Alemania— (5), el Anteproyecto español se orienta, ya no hacia la finalidad liquidatoria, característica de los procedimientos concursales vigentes en nuestro país, sino hacia la «conservación del conjunto patrimonial del deudor común, con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su pervivencia». De ahí la configuración del *convenio* como solución prioritaria del concurso, la aparición de la *gestión controlada* —institución sin precedentes en Derecho español—, tomada, al parecer, del procedimiento de *suspensión de ejecuciones* francés, y la configuración de la *liquidación de bienes* como *ultima ratio* del desarrollo del procedimiento concursal.

A la vista de estas novedades, y de otras muchas a las que aquí no podemos hacer referencia, y al mismo tiempo, de la conveniencia de discutir la configuración técnica que las citadas instituciones reciben en el Anteproyecto, así como su viabilidad en nuestro ordenamiento, hubiera sido deseable una consideración de las mismas en el libro de Majada. Esta referencia, en igual forma, hubiera servido para hacer llegar a los medios profesionales, de modo accesible, algunas ideas fundamentales de la reforma que se pretende llevar a cabo, interpretadas por un experto en la materia. De este modo se coadyuvaría a la formación del necesario estado de opinión sobre una rama del ordenamiento, como el Derecho concursal, en cuya más perfecta configuración aparecen interesados numerosos sectores de la sociedad española.

4. Las anteriores observaciones, formuladas con una finalidad esencialmente constructiva, no pretenden desmerecer el valor de la obra de Majada, cuya aparición entre nosotros hay que saludar sinceramente. La minuciosidad del tratamiento de las instituciones, la puntual información jurisprudencial y el cuidado que se observa en la elaboración de las diversas materias, constituyen, en fin, títulos adecuados y suficientes para efectuar, sin restricciones, un juicio positivo de la obra.

Dr. José Miguel EMBID IRUJO
Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá de Henares

(5) Vid. recientemente, PIEFOLI, *Interessi individuale e interessi collettivi nel risanamento delle grande imprese*, Milano, 1983.

LIBROS RECIBIDOS *

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Bosch, Barcelona, 1983, 140 páginas.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Informe General*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, 281 páginas.
- GROSSO GALVÁN, Manuel, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Bosch, Barcelona, 1983, 425 páginas.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, 148 páginas.
- MAJADA PLANELLES, Arturo, *Práctica concursal* (Concurso de acreedores, suspensión de pagos, quiebra, derecho de los trabajadores), Bosch, Barcelona, 1983, XVI + 880 páginas.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, Bosch, Barcelona, 1983, 388 páginas.

* Para posibles recensiones, se ruega el envío de dos ejemplares. Para mera noticia, basta un ejemplar.

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA (República Federal)

NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NStZ)

1. Enero 1984

REBMANN, K.; SCHOREIT, A.: «Elektronische Datenverarbeitung (EDV) in Strafverfolgungsangelegenheiten und Datenschutz». (Procesamiento electrónico de datos en las instalaciones judiciales y protección de datos).

Es cada vez mayor la necesidad del almacenamiento de datos para una correcta información en lo concerniente a las causas penales. Los autores examinan las principales cuestiones problemáticas que plantea la automatización de dicho proceso de datos. Llegan a la conclusión de que, hoy por hoy, no es posible garantizar a los jueces y fiscales las posibilidades de su utilización. Como consecuencia, proponen una generalización de las posibilidades dispositivas del procesamiento de datos electrónicos (EDV), en el ámbito de la justicia; lo que significa incrementar razonablemente las versiones existentes y procurar nuevas con el fin de asegurar unas óptimas posibilidades de información a todos los órganos judiciales.

MEURER, Dieter: «Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen Beschlusnscheidungen in Bussgeldsachen. Rechtsprechungsüberblick zu §§ 72, 79 I 1 Nr. 5 OWIG und Kritik». (Admisibilidad de los recursos jurídicos contra los autos decisorios, en el proceso sancionatorio. Análisis jurisprudencial de los parágrafos 72, 79 I 1 núm. 5 de la Ley de Contravenciones y crítica.)

El autor analiza la jurisprudencia y doctrina en torno a la admisibilidad de los recursos jurídicos contra los autos decisorios en el proceso sancionador, en base a los parágrafos 72 y 79 I 1 núm. 5 de la Ley de Contravenciones; se trata del procedimiento escrito previsto en la citada Ley. Llega a la conclusión de que tan sólo cabe la admisibilidad en tres casos: cuando el recurrente se haya opuesto al procedimiento escrito, cuando no hubiere tenido ninguna oportunidad para la contradicción o cuando no se le hubiera informado o se le hubiera hecho insuficientemente acerca de la posibilidad de tal contradicción.

2. Febrero 1984

Se trata de un fascículo eminentemente jurisprudencial, pues incluso en la sección doctrinal tan sólo se contiene la segunda parte de un examen sobre la jurisprudencia de los delitos contra la vida hasta junio de 1983, realizado por Albin Eser, bajo el título *Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung seit BGH-GSSt 1/81 bis Ende juni 1983*.

Se recogen por otra parte, comentarios jurisprudenciales en torno a las infracciones a la Ley de Estupefacientes (*Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz*), de Armin Schoreit, y sobre la Ley de contravenciones (*Zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) de Erich Göhler.

La sección de notas doctrinales contiene dos cortas aportaciones: la primera debida a los profesores Hans Dahs y H. W. Feigen, lleva por título: ¿Defensa de oficio, también en el procedimiento de ejecución de la pena? (*Offizialverteidigung auch im Strafvollstreckungsverfahren?*), y la segunda firmada por Jürgen Schuppner y Kurt Sippel: De nuevo, condena por el parágrafo 323 a del Código penal, pese a la duda sobre la concurrencia de una embriaguez plena (*Nochmals: Verurteilung nach § 323 a StGB trotz Zweifels über das Vorliegen eines Vollrausches?*).

GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT (GA)

1. Enero 1984

GREBING, Gerhardt: «*Abschaffung oder Reform der Privatklage?*». (¿Supresión o reforma de la acción privada?)

Se trata de la publicación de la lección magistral, pronunciada con motivo de la toma de posesión del profesor Grebing como Catedrático de la Universidad de Giessen, el 17 de diciembre de 1981. Por desgracia, se ha convertido en un artículo póstumo, tras la trágica desaparición del autor, que se ha encargado de poner al día y anotar Helmut Heil. En él se trata de un tema de continua actualidad procesal-penal: ¿supresión o reforma de la acción privada?, o si se prefiere, ¿deben subsistir los delitos sólo perseguibles a instancia de parte?

En la regulación del procedimiento a instancia de parte se puede suscitar la impresión de que se otorga un especial privilegio al ofendido; lo que, de ninguna manera, es cierto. Por otra parte, puede comprobarse estadísticamente que el número de denuncias privadas ha descendido en una enorme proporción: aproximadamente un setenta por ciento en los últimos veinte años. Desde luego tan considerable retroceso en el número de acciones privadas no se debe a una correlativa disminución de los delitos perseguibles a instancia de parte efectivamente cometidos; sino, más bien, a la regulación jurídica y a la utilización práctica de la acción privada. El autor critica la institución, proponiendo su desaparición: los delitos perseguibles mediante la acción privada deben convertirse en públicos, perseguibles de

oficio: de otra manera se estará posponiendo la protección de los intereses públicos. Concretamente, se refiere Grebing a las injurias, lesiones y allanamiento de morada, proponiendo una nueva redacción del § 152 b StPO, en el que se estableciera la posibilidad de que el procedimiento se iniciara a instancia del ministerio público; si bien, debiendo tener lugar un acto de conciliación que, en caso de finalizar con avenencia, diera por terminado el procedimiento, que debería, sin embargo, continuar en caso contrario. Como se ve, se trata de un sistema mixto, que pretendería conciliar los intereses públicos con los privados.

2. Febrero 1984

TIMPE, Gerhard: «Normatives und Psychisches in Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums». (Lo normativo y lo psíquico en el concepto de vencibilidad de un error sobre la prohibición.)

La discusión actual en torno al concepto de vencibilidad de un error sobre la prohibición, en el que se confunde lo psicológico y lo normativo, adolece de algún defecto, en opinión del autor. Concretamente, se reclama para todos los supuestos contemplados por el § 17 del Código penal alemán un contenido unitario. Y sin embargo, resulta evidente que un error acerca de las normas nucleares por las que se rige la sociedad debe determinarse por unas reglas distintas, con un alcance diferente, que las que se refieren al error sobre el Derecho mutable, aquella parte del Ordenamiento que varía de acuerdo con el tiempo y lugar. Tampoco es correcta, por otra parte, la interpretación de que la ausencia de conocimiento por el sujeto es más evitable que su falta de capacidad. El autor intenta demostrar que, por el contrario, lo correcto debería ser otorgar una menor importancia a la falta de conocimiento que a la ausencia de posibilidades.

La regulación del error sobre la prohibición tiene por objeto, desde este punto de vista, exclusivamente diversificar los costes que una positivización del Derecho comporta, entre quien incurre en error, la sociedad y, eventualmente, un tercero; sin que deba quedar reducida a un puro psicologismo.

DOLLING, Dieter: «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers». (Homicidio imprudente con ocasión de una puesta en peligro por la propia víctima.)

La vieja y polémica cuestión acerca de si es posible fundamentar la punibilidad de un homicidio imprudente cuando tiene lugar con ocasión de una puesta en peligro por el propio sujeto pasivo, ha cobrado actualidad con motivo de unos nuevos pronunciamientos de los tribunales alemanes respecto de un supuesto concreto: la entrega de drogas a toxicómanos, que posteriormente fallecían por efecto de la inyección del tóxico. En las sentencias se afirma la necesidad de distinguir entre dos actuaciones distintas: la

participación en una conducta ajena, la de quien decide ponerse en peligro y la realización de una conducta propia que pone en peligro a otro, si bien, con el consentimiento de éste. Mientras que, de acuerdo con su carácter accesorio, la participación en una conducta impune está igualmente exenta de toda responsabilidad; en el supuesto de que se trate de una autoría de conducta peligrosa para otro, y en virtud del parágrafo 222 del Código penal alemán, estará castigada con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa; a no ser que medie un consentimiento cualificado. Dicho consentimiento sólo puede tener lugar, a juicio del autor, cuando el valor que supone la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo y el que implica los fines perseguidos por el hecho, superan el desvalor correspondiente a la puesta en peligro de la vida.

Estamos, pues, en opinión de Dölling, ante un supuesto de justificación, en base a la teoría del interés preponderante. No resulta, sin embargo, satisfactoriamente explicada en el trabajo la compensación del desvalor del resultado muerte que, en definitiva, se produce.

Las habituales secciones jurisprudencial y bibliográfica completan ambos fascículos de GA.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Universidad Complutense

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Tomo 95 (1983), fascículo 4

KUNZ, Karl-Ludwig: «Die organisierte Nothilfe Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und 'Bürgerwehren'». (El auxilio necesario organizado. Posibilidades y límites de la utilización de los derechos de necesidad mediante empresas profesionales de seguridad y 'cuerpos civiles de defensa'), en *ZStW*, t. 95, Heft 4, 1983, págs. 973-992.

El autor analiza la actuación de lo que él denomina organizaciones privadas de autoprotección en materia de auxilio necesario. Bajo esta denominación de organizaciones privadas de autoprotección se encierran dos fenómenos de creciente expansión no sólo en Alemania sino en todo el mundo: las compañías profesionales privadas que ofrecen seguridad a los particulares y las organizaciones de ciudadanos que se dedican a efectuar labores de defensa en determinados barrios. Kunz ofrece algunas cifras de las sociedades privadas de seguridad en la República Federal Alemana que son suficientemente ilustrativas de esta nueva realidad social: su número alcanza aproximadamente la cifra de mil; las operaciones anuales que efectúan pueden cubrir los costes de la policía de un *Land* de tipo medio; en sólo 230 de estas empresas trabajan 45.000 personas. Por otro lado, aumentan progresivamente los grupos no comerciales de autodefensa formados por ciudadanos

que se protegen del vandalismo en ciertos círculos urbanos y que forman los llamados «cuerpos civiles de defensa» (*Bürgerwehren*). La presencia en la sociedad de estos colectivos se fundamenta a juicio del autor en la sensación de inseguridad ciudadana ante la delincuencia —fomentada por los medios de comunicación— y en las escasas posibilidades de éxito de la persecución estatal de la delincuencia cotidiana.

El problema jurídicopenal que plantean las organizaciones privadas de autoprotección, sean profesionales o no, es el ámbito en que pueden ejercer el auxilio necesario (*Nothilfe*). Hay que advertir que en este término del Derecho alemán se comprenden tanto la legítima defensa ajena como el estado de necesidad en beneficio de terceros; no obstante, las argumentaciones y razonamientos del autor se centran en la modalidad de legítima defensa ajena y por lo general no menciona el estado de necesidad ni otros derechos de necesidad. ¿Pueden, en efecto, estas agrupaciones actuar bajo los presupuestos de la legítima defensa, sin más limitaciones que las de un particular o por el contrario debe estar restringida su actuación a las condiciones que rigen para la policía estatal? A las fuerzas de seguridad estatales sólo les está permitido utilizar armas de fuego ante un peligro actual para la vida o integridad física, mientras que los particulares pueden repeler una agresión dirigida contra un tercero mediante el uso de armas de fuego.

Kunz considera a continuación los argumentos a favor de que las organizaciones privadas de seguridad estén limitadas en el uso de armas de forma análoga a como lo están las fuerzas de seguridad estatales: en primer lugar la subsidiaridad de la evitación privada de un injusto frente al monopolio de la fuerza por el Estado; en segundo lugar, la circunstancia político-social de que estas agrupaciones privadas armadas son manipulables económica e ideológicamente, pudiendo llegar a amenazar la seguridad interior del Estado; en tercer lugar, los cuerpos civiles de defensa ejercen una función de desintegración social al avivar la desconfianza recíproca y el egoísmo; por último, todas estas organizaciones no encauzan la criminalidad sino que la distorsionan, pues al defenderse ciertos bienes jurídicos con más intensidad, las agresiones contra esos bienes se agravan.

Ante estas razones que abogan por una limitación del auxilio necesario efectuado organizadamente, el autor estudia una alternativa de equiparación de policía y organizaciones privadas de seguridad: bien ampliar los medios de intervención por parte de la policía, es decir, que puedan actuar como cualquier particular individual; bien someter a las organizaciones privadas de autoprotección a las mismas limitaciones en el uso de armas que están contempladas para la policía estatal.

Sin embargo, y antes de analizar esta doble opción, el autor adelanta que ninguna es aceptable ni jurídica ni politicocriminalmente, por lo que la diferencia en la utilización de medios de intervención debe persistir.

La primera posibilidad consiste, como ya se ha dicho, en reconocer a los policías la facultad de utilizar los medios defensivos más enérgicos. A la vista del Derecho alemán, sin embargo, las fuerzas de seguridad del Estado están limitadas por el Derecho policial que impone tanto el principio de proporcionalidad como el principio de legalidad. El principio de proporcionalidad significa que el daño causado policialmente no puede ser mayor que el pe-

ligro que amenaza; la intervención policial se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad (*Proportionalität*) y no por el más amplio de necesidad (*Erforderlichkeit*) que rige en legítima defensa para cualquier ciudadano, debido a que el policía es responsable de forma equivalente tanto del bien jurídico del agredido como del bien jurídico del agresor. Dicho principio de proporcionalidad se fundamenta en un deber de arrostrar el peligro similar al que rigen en el ámbito del estado de necesidad para soldados y bomberos. En definitiva, pues, esta primera posibilidad resulta inviable.

La segunda posibilidad estriba en equiparar la policía y las organizaciones privadas de seguridad en los medios de intervención, de manera que las segundas se vean limitadas en el uso de armas de fuego. Desde una perspectiva jurídica este segundo camino tampoco resulta a juicio de Kunz accesible. Las actuaciones policiales se caracterizan por la soberanía y es este ejercicio de soberanía el que determina que las competencias policiales estén condicionadas por la proporcionalidad que implica a su vez un ámbito de medios de defensa más restringido que el de la necesidad ya que el ciudadano privado al defender un bien jurídico individual defiende simultáneamente el ordenamiento jurídico. La restricción policial de las facultades de defensa tiene como contrapartida la confianza en que la intervención de la policía será más moderada que la de un particular y en que la persecución del delincuente está únicamente aplazada; pero si esta restricción de las fuerzas estatales de seguridad entra en juego, ello no debe impedir que los ciudadanos se defiendan en el marco de lo necesario.

Pero además de estas razones jurídicas hay otras de carácter politicocriminal que en opinión del autor llevan a descartar también esta segunda posibilidad: la limitación de la intervención policial está compensada con otras autorizaciones que sin embargo están prohibidas a las fuerzas privadas de seguridad; por otro lado, resultaría difícil delimitar las diferentes formas de auxilio necesario privado y no privado, como se pone de relieve en el ejemplo siguiente: el padre que acompaña a sus hijos al colegio ¿debería protegerlos en menor medida por el hecho de haberse puesto de acuerdo con otros padres? Además, si el Estado redujera el derecho de necesidad a los particulares organizados no cumpliría su responsabilidad de salvaguardar bienes jurídicos de una doble manera: en primer lugar el propio Estado no otorgaría al ciudadano una protección suficiente y en segundo lugar le impediría a este mismo ciudadano el buscarse la protección por otros medios. De todos estos argumentos se deriva que las organizaciones privadas de seguridad no pueden estar condicionadas en el auxilio necesario de la misma manera que los policías; pero ello no significa que sus facultades sean más extensas que las de un particular no adiestrado en la lucha contra el injusto, sino que por el contrario habrá que apreciar restrictivamente el requisito de la necesidad, así como desestimar por regla general el exceso por turbación, miedo o espanto del parágrafo 33 StGB y entender que, de incurrir en error el miembro de la organización privada, dicho error será siempre vencible.

El artículo concluye reiterando que el auxilio necesario ejercido por organizaciones privadas no puede ser regulado especialmente al estilo del Derecho policial. El peligro de una actuación cuasipolicial de estas organiza-

ciones debe ser atajado con otros métodos como mayores controles profesionales, reforzamiento de la protección estatal de bienes jurídicos privados y reacción contra la extendida sensación de miedo ante la delincuencia.

ANTONIO CUERDA RIEZU
Universidad de Alcalá de Henares

FRANCIA

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE

1983, números 1 a 3

La relativa indiferencia de los penalistas franceses respecto a la evolución de la dogmática ha venido provocando una serie de severos juicios críticos, entre los que el de v. LISZT —«no existe doctrina penal francesa»— puede ser el más conocido, pero no el único. Sin embargo, siendo cierto que la dogmática no ha llegado en Francia a la precisión conceptual o a la nítida definición de contornos de que hacen gala los penalistas italianos, alemanes o españoles, no lo es menos que no han escatimado esfuerzos en el estudio de las realidades que subyacen a la ley penal y en la formulación de alternativas político-criminales que gozan de muy amplio reconocimiento.

La sección *Doctrine* de la «Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé», en los tres primeros números de 1983, es fiel reflejo de ello. Su sumario es el siguiente:

- N.º 1. G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*.
A. LAINGUI, *L'homme criminel dans l'Ancien Droit*.
- N.º 2. B. BOULOC, *Le récidivisme*.
A. NORMANDEAU, *Pour une charte des droits des victimes d'actes criminels*.
- N.º 3. A. PLANTEY, *Réponses européennes au terrorisme international*.
B. FERRIER, *Une grave lacune de notre démocratie: l'irresponsabilité pénale des personnes administratives*.

Si una publicación periódica como la «Revue de Science Criminelle» es indicativa de la orientación actual de la doctrina francesa, no es difícil constatar la preocupación de ésta por el sujeto activo del delito.

El artículo del profesor Laingui, máxima autoridad en la historia del Derecho penal francés, *L'homme criminel dans l'Ancien Droit* (núm. 1, págs. 15 a 35), muestra que no se trata de una preocupación reciente. Se remonta al siglo XVI, y hasta finales del XIX se centra en el problema del libre albedrío, cuya afirmación ha atravesado toda la historia del pensamiento teológico, filosófico y jurídico en Francia. Pero junto a la afirmación de libertad, vinculada al tomismo y a la influencia del Derecho canónico, se reconoce la existencia de ciertos factores, que ya estudiara Descartes, como los estados pasionales o las «disposiciones corporales derivadas de los apetitos naturales», que, recor-

tando la razón y voluntad del hombre libre, aminoran la inmoralidad de sus actos. Así, pues, los antiguos jurisconsultos, encabezados por Muyart de Vouglans, «el criminalista por excelencia» en palabras de Laingui, estudian la personalidad del delincuente dentro de su contexto antropológico y sociológico, hasta llegar, según observa el autor, a las mismas decisiones prácticas que los positivistas más extremos.

En la citada orientación empirista se inscriben los trabajos del «XXI Congreso francés de Criminología», celebrado en Poitiers en octubre de 1982, cuya relación de síntesis publica el profesor B. Bouloc, con el título de *Le récidivisme* (núm. 2, págs. 199 a 207).

Se acomete en él el estudio de la reincidencia, no sólo como realidad jurídica sino como fenómeno más amplio, cuyas causas debe desvelar y neutralizar la criminología. Los datos estadísticos que ésta maneja son, no obstante, escasos y apenas permiten atisbar algunos de los factores (causas, en la terminología del autor) de la reincidencia. Quizá por estas deficiencias, se concede más importancia a las investigaciones de la criminología clínica, que, aun limitada por el corto número de casos que puede examinar, ha podido, al menos, definir las características del comportamiento repetitivo. Tras ello, la reincidencia, en su exacto sentido técnico-jurídico, deja de estudiarse como hecho aislado, para enmarcarse dentro del contexto más complejo de los «comportamientos desviados repetitivos».

Este planteamiento, con ser sugerente, no se ha desarrollado suficientemente, como para haber incidido de modo relevante en el ámbito de la sanción penal, en el que ni el Derecho positivo ni en el Anteproyecto de Código Penal conocen novedades notables. Tampoco van mucho más allá las alternativas político-criminales formuladas en el Congreso: apenas si superan la recomendación de establecer un sistema que, mediante reglas prefijadas pero flexibles, permita la coexistencia del respeto al principio de seguridad con la contemplación de las peculiaridades del caso concreto.

Las ideas de certeza y de retribución serían así conciliables con los programas rehabilitadores, que, aunque ven cuestionada su legitimidad y sobre todo su eficacia por ciertos autores, son objeto de favorable acogida por la generalidad de la doctrina francesa, tal como constatan los comentarios de los profesores J. Verin, *Contrôle social et réhabilitation* (núm. 3, págs. 513 a 519) y M. Ancel, *La révision du Programme minimum de la défense sociale* (núm. 3, págs. 533 a 540).

Estudio empírico del delincuente y estudio dogmático de la imputabilidad como elemento del delito confluyen en el artículo del profesor G. Levasseur, *L'imputabilité en droit pénal* (núm. 1, págs. 1 a 13), que constituye, a su vez, la relación de síntesis del «IV Congreso de la Asociación francesa de Derecho Penal», celebrado en Nantes en octubre de 1982.

El tema es, según afirma Levasseur, miembro de la Comisión de revisión del Código penal, importante —«fuerza oscura que va a transformar el conjunto de la política criminal, así como las técnicas jurídicas a las que estamos más habituados»— y acuciante, porque su clara definición es necesaria en los trabajos de reforma legislativa. Pero es también un tema «nuevo» y, consiguientemente difícil, nebuloso, o, con plástica expresión del mismo autor, «terreno frágil y minado».

La doctrina francesa, en efecto, ha venido manejando el término «imputabilidad» en dos sentidos distintos: nexo causal entre hecho y autor (imputabilidad material) o aptitud para la sanción (imputabilidad subjetiva) derivada de la capacidad de conocer y querer de que goza el hombre libre. Esta acepción, que es la que nos interesa, aun siendo mayoritariamente compartida, no está exenta de críticas que, en lo fundamental, provienen, tal como con vocación de síntesis y utilidad informativa expone Ch. Lazerges (*Le concept d'imputabilité dans les doctrines de Defense sociale*, núm. 2, págs. 315 a 325), de las diversas tendencias de la Defensa Social. Y son ellas las que han puesto de relieve la escasa base científica que el concepto de libre albedrío —implícito en la afirmación de capacidad de querer y conocer— brinda para la elaboración de un sistema eficaz de sanciones penales y mantienen que no existen, en aquella capacidad, grados independientes, sino una escala sin cesuras en la que es prácticamente imposible distinguir la frontera que separa la imputabilidad de la inimputabilidad; la rígida separación que, a efectos de sanción, establece entre un supuesto y otro el Código penal francés, carecería así de justificación.

Tras años de crítica, aquel concepto de imputabilidad queda erosionado y ve surgir a su lado el de capacidad penal. Esta es, según formulación de la Nueva Defensa Social, un concepto criminológico que se identifica con la capacidad para beneficiarse de la sanción. La determinación de la capacidad penal prescinde del pre-requisito del libre albedrío, o lo posterga, para examinar si el delincuente, en el momento del juicio y no del delito, puede captar el sentido de la sanción, puede racionalizarla y puede, sobre todo, beneficiarse de ella adecuando a Derecho su comportamiento futuro.

El Congreso de Nantes, de cuyos debates levanta acta la relación de Levasseur, asiste a la contraposición del concepto de responsabilidad penal, como capacidad de conocer y querer, y el de capacidad penal, como posibilidad de utilizar la sanción en beneficio de la propia resocialización y corrobora que la doctrina francesa, tal como se aprecia en la última edición del tan conocido «Tratado» de Merle-Vitu, se esfuerza hoy por compatibilizar la noción clásica de imputabilidad —condición necesaria de la sanción— con capacidad penal —criterio de elección de la más idónea en el caso concreto—. En este sentido, puede hablarse de que la lucha neo-clasicismo *versus* Defensa Social se halla en fase de, quizá definitiva, tregua.

No todos los problemas desaparecen, empero, con la aceptación de estos criterios como punto de partida. La imputabilidad, nos dice Ch. Fazerges, no es un concepto filosófico, teológico o jurídico, sino un concepto «pragmático operacional de contenido relativo». De ahí que sea necesario depurar los procedimientos de evaluación tanto de la capacidad como de la responsabilidad penales. Y aquí el Congreso de Nantes vuelve sus ojos hacia la criminología: sólo el examen criminológico del pasado y presente del delincuente, constata Levasseur, puede ayudarnos a conocer las características de su personalidad y los mecanismos de «paso al acto», condiciones necesarias para dictar una justa sentencia retributiva. E igualmente es la criminología la que suministra los materiales para la formulación de pronósticos sobre las medidas más adecuadas a cada sujeto y sobre sus posibilidades de definitiva reinserción.

En cualquier caso, los datos que interesan no son sólo los psicológicos. A pesar de que, como hemos visto al comentar el XXI Congreso francés de Criminología, los resultados están aún muy por debajo de los proyectos, se proclama hoy la validez de los planteamientos de Durkheim y Fauconet, y se insiste en el anclaje sociológico de la responsabilidad penal. Olvidarlo, subraya Levasseur haciéndose portavoz de la Asociación Francesa de Derecho Penal, supondría tanto como renunciar a la comprensión global del hombre y, por ende, de la imputabilidad.

JUAN M.^a TERRADILLOS BASOCO
 Profesor Titular de Derecho Penal
 Universidad Complutense

ITALIA

LA GIUSTIZIA PENALE

Año LXXXVIII (XXIV de la 7.^a serie), fascículo X, octubre de 1983

ALMERICHI, M.: «L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura» (La independencia y la autonomía de la magistratura), págs. I, 302-310.

Partiendo del presupuesto según el cual la autonomía y la independencia de la Magistratura han sido delineadas por la Constitución Italiana no como instrumentos para crear un cuerpo separado del Estado o como valores ficticios que deben atribuirse a unas instituciones dependientes de otros poderes, el autor entiende que estos valores sirven para dar a la Magistratura los instrumentos más idóneos que deben ser puestos en concordancia con los fines del nuevo estado democrático unitariamente considerado.

Tras analizar las contradicciones históricas y presentes a las que se ven sometido el verdadero respeto a esos valores, Almerichi propone, para eliminarlas, actuar en tres direcciones. En primer término una reforma del ordenamiento que rige la judicatura como medio necesario de gobierno de la magistratura. En segundo lugar, cubrir las lagunas relativas a la selección de los jueces, a la etapa de aprendizaje y a la dotación de medios para una mejora del ejercicio de la profesión. En tercer lugar, actuar en el campo de la responsabilidad del juez, ante todo en la responsabilidad disciplinaria por entender que el sistema actual no resulta el más idóneo.

El artículo concluye con una referencia a la problemática de la responsabilidad civil del juez sobre la que el autor se muestra contrario.

D'ANGELO, E. - SCAGLIONI, A.: «Processo penale per il delitto di associazione di tipo mafioso e nuove misure di carattere patrimoniale» (Procedimiento penal por el delito de asociación de tipo mafioso y nuevas medidas de carácter patrimonial), III, págs. 599-607.

Los articulistas analizan en este trabajo los problemas interpretativos que plantea la lectura del artículo 24 de la Ley de 13 de septiembre de 1982,

que hace extensiva al procedimiento penal por el delito de asociación de tipo mafioso (art. 416 bis del C. P. italiano) las más significativas disposiciones, introducidas por la misma ley, referentes a las medidas de prevención aplicables a aquellas personas sobre las que existen indicios de pertenecer a asociaciones del mismo tipo. En este sentido, el análisis se centra en la equiparación que la norma hace de la propuesta de aplicación de la medida cautelar a la acción penal, y de la también equiparación entre el procedimiento para aplicar dichas medidas y el procedimiento penal.

FIANDESE, Franco: «La tutela penale dell'ambiente. Aspetti generali» (La tutela penal del medio ambiente. Aspectos generales) II, págs. 594-606.

Fiandese trata en este artículo de algunos problemas relativos a la «contaminación» del medio ambiente que el ordenamiento italiano contempla en normas muy dispares.

Se ocupa en primer término el articulista del problema que puede presentar la individualización del autor de los delitos contra el medio ambiente, sobre todo si se trata de personas jurídicas. En este supuesto el autor entiende que penalmente deben responder tanto al representante legal como los demás directivos de la empresa y los socios si el delito es obra de una falta de cumplimiento de una obligación financiera contraída por la empresa.

En segundo lugar analiza la problemática que plantea la constatación, en muchos casos, de las sustancias que dañan el medio ambiente. En este sentido se revisa la normativa legal y los problemas que plantea.

En tercer lugar se ocupa de la responsabilidad penal del funcionario público en los delitos cometidos por los particulares contra el medio ambiente. En el supuesto que el funcionario público haya autorizado obras o actividades que en base a la ley no podía autorizar, su responsabilidad encuentra fundamento en el artículo 323 del C. P. (abuso en el ejercicio del poder). Por el contrario, si su responsabilidad procede de haber omitido los controles obligatorios, en este caso habría que estar a lo dispuesto en las leyes especiales sobre protección del medio ambiente.

El artículo termina con una referencia a la problemática que presenta la responsabilidad civil en relación con estos delitos.

NESPOLI, Guglielmo: «Riflessioni brevi sulla sanzione penale nei suoi rapporti con lo scopo di prevenzione generale e speciale» (Breves reflexiones sobre la sanción penal en relación con los fines de prevención general y especial), I, págs. 310-319.

Tras un análisis del significado histórico tanto de la prevención especial como de la especial y de la retribución que la pena cumple el autor señala que sin desatender a los fines retributivos y preventivo general de la pena (valorables en base a la culpabilidad del sujeto y a las consecuencias objetivas del delito) el juez, a la hora de dictar sentencia, debe de atender también a

la prevención especial, dando así cumplimiento al mandato constitucional (art. 27, III C. I.). Dicha prevención especial adquiere, en opinión del autor, especial relieve en la ejecución penitenciaria, girando en torno a dos polos: la reeducación del condenado y la defensa *post delictum*. Nespoli entiende que si no se persigue el fin reeducativo, sacrificando así el eventual acto del juez orientado en este sentido, no sólo no se cumplirá uno de los fines de la pena, sino que además primaría la función general preventiva, ya que la sanción penal en su fase abstracta reafirma siempre su viejo oficio de generar sólo terror en las relaciones del hombre.

LIVIGNI, Fulvio: «La convalida del sequestro di polizia giudiziaria» (La convalidación de la incautación de bienes llevada a cabo por la policía judicial), III, págs. 592-599.

En este artículo de marcado carácter procesal, el autor analiza la institución en relación con el cuadro normativo preexistente. Estudia la naturaleza jurídica de la figura y el régimen jurídico de la conformidad a derecho del acto de incautación.

Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Fascículo 4 - Octubre-diciembre 1983

MARINUCCI, Giorgio: «Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politiccriminale» (Tipos y causas de justificación. Notas dogmáticas y político-criminales), págs. 1190-1248.

El autor realiza en el presente artículo un profundo análisis de las relaciones existentes entre la tipicidad y las causas de justificación y, más concretamente, un enfrentamiento crítico con el entendimiento de estas últimas como «límites» o «elementos negativos» del tipo.

Comienza Marinucci por resaltar, recordando el título de una conocida obra de Giacomo Delitala (II «fatto» nella teoria generale del reato, 1930), a cuya memoria dedica este trabajo, las vinculaciones constatables entre la noción de tipo y la teoría general del delito y, tras hacer unas breves indicaciones sobre las peculiaridades de la discusión acerca de ambos extremos en la doctrina italiana, formula una hipótesis a cuya verificación van destinadas las restantes consideraciones: «las causas de justificación implican órdenes de problemas (estructurales, normativos, teleológicos) cuya comprensión y cuyos nexos vendrían oscurecidos sin necesidad si se trabajara con una única categoría» (págs. 1194 y ss.).

Ya el propio lenguaje ofrecería resistencia a la disolución de las causas de justificación en el tipo. Quien habla en este contexto de «límites» (p. ej., Nuvolone o Bricola) ha de precisar a continuación que se trata de límites

«justificantes». Quien prefiere acudir a la fórmula de los «elementos negativos del tipo» (así, en la doctrina italiana, Gallo, Grosso y Pagliaro) se encuentra inmediatamente con el obstáculo de la existencia de «otros» elementos típicos configurados o contruidos negativamente; para salvarlo la argumentación terminaría cayendo siempre en un círculo vicioso: «las causas de justificación serían sólo 'elementos negativos del tipo', pero los verdaderos y propios 'elementos negativos del tipo serían únicamente las *causas de justificación*; ¡se quería negar su autonomía conceptual, pero más tarde se está obligado a presuponerla!» (págs. 1197 y ss). Finalmente, la teoría de los «elementos negativos» terminaría por presuponer también la autónoma categoría del tipo en su acepción restringida excluyente de las causas de justificación. Por último, el argumento de la intercambiabilidad a placer de hecho y causas de justificación vendría a revelarse falso: cuando están en juego las causas *de justificación* se trata en realidad no de elementos singulares, sino de estructuras cerradas en sí mismas con connotaciones propias que sólo en su integridad pueden justificar un tipo, por su parte ya individualizado en *todos* sus elementos positivos y eventualmente negativos (pág. 1197). Marinucci se cuestiona entonces qué obstáculos habrían de oponerse a la validez del conocido modelo de Beling, que ve el tipo como punto de referencia de juicios tanto de contrariedad como de conformidad al Derecho.

La respuesta de M. Gallo («Il concetto unitario di covevolezza»; 1951, páginas 17 y ss) de que el concepto restringido del tipo hacía perder de vista «la naturaleza unitaria del delito» es sometida a una crítica especialmente severa. Según Gallo, que apela en este punto nada menos que a la autoridad de Dahm, tal unidad vendría ya impuesta por exigencias pedagógicas: el estudiante y el juez deberían distinguir inmediatamente el homicidio de la producción justificada de la muerte, como la del enemigo en el combate. Las experiencias extraídas de la «nueva pedagogía» que cristalizó en la Alemania de Dahm deberían conducir precisamente, a juicio de Marinucci, a las conclusiones contrarias: «a las cuestiones pedagógicas acaso no sea necesario concederles mucha importancia; pero no es el «tipo», sino más bien su eliminación conceptual lo que puede oscurecer la comprensión del delito por parte de jueces y estudiantes» (p. 120). La visión «unitaria» del delito sólo podría servir de ayuda, por ejemplo, a la «idea histórica y jurídicamente funesta» de que el militar no puede cometer un delito de homicidio.

Tampoco razones jurídicas imponen, como pretende Gallo, renunciar a un concepto restringido de tipo en aras a una visión unitaria del delito. Si así fuera —señala Marinucci— ¿por qué habría de renunciarse tan sólo a aquel concepto? Más bien siendo consecuente con este punto de partida, habría de acudirse a un tipo global («Gesamtatbestand») en el que se encontrarían fundidos en un «todo orgánico» todos los elementos subjetivos y objetivos, causas de justificación y de exculpación, condiciones de punibilidad, etc., que constituyan el presupuesto de la aplicación de la consecuencia jurídica. Los efectos producidos por esa concepción del delito como todo orgánico allí donde históricamente ha sido ensayada abogan en favor de una

concepción analítica como la propugnada por Delitala: la serie analítica hecho típico, antijurídico, culpable parece dar cuenta de concordancias y diferencias especiales para producir consecuencias jurídicas apropiadas. En esta serie analítica la conducta típica aparecería como «piedra angular» del delito.

Ahora bien, el tipo sólo puede cumplir esa función de piedra angular del sistema si se hacen emerger sus componentes teleológicos. Ya Radbruch había visto en la figura del *Tatbestand* el vehículo para acceder a una sistemática teleológica, basada en los fines de la pena y Roxín atribuye al tipo la función político-criminal de garantía ligada al principio de legalidad. Pero, aparte de que tal función de garantía se extiende a *todos* los presupuestos que *fundamentan* el delito y su punibilidad, tales visiones de la función político-criminal del tipo se mostrarían en parte válidas, pero insuficientes.

La principal misión político-criminal del tipo, en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, residiría más bien en la individualización de formas específicas de ofensa a bienes jurídicos. A esta función selectiva contribuirían tanto el bien jurídico, cumpliendo su misión limitadora liberal como la expresión de la forma en que viene atacado. Tal función es del todo extraña a las causas de justificación.

Pero cabe asignar al tipo otras funciones: frente al criterio de Roxín, las decisiones político-criminales del legislador no son todas de tipo precodificadorio, antes bien, el tipo debe denotar de «iure conditio» y no sólo de «lege ferenda» una forma específica de ofensa a los bienes jurídicos que ha de reflejar una subyacente tipología empírico-criminológica. El concepto de tipo podría colmar la vieja aspiración de conseguir la compenetración entre las categorías jurídicas y los datos criminológicos. En esta línea ha de inscribirse —según Marinucci— la tendencia general de «redescubrimiento de la víctima en la teoría del ilícito» (citando expresamente a Küper) que, sin embargo, tendría un papel ideológico importante, pero circunscrito: «la restitución del primer rango al 'bien jurídico' encarnado en la 'víctima', en contraposición a las múltiples visiones 'personalistas' que han intentado socavarlo» (pág. 1213).

La investigación de esas bases criminológicas no debería buscar al autor pero tampoco sólo a la víctima: tal investigación habría de comprender tanto la *forma* como el *objeto* de la ofensa y en esta dirección se encamina Marinucci al examinar, por ejemplo, nuevas formas de agresión que vienen a ser captadas en tipos de peligro abstracto para cuya precisión —constitucionalmente exigida— será necesaria la incorporación de la tipología empírico-criminológica a ellos subyacente; o en el análisis de los delitos de bagatela; o en sus propuestas en favor de la concreción y precisión de los bienes jurídicos, rechazando concepciones «omnicomprensivas» o «metodológicas» de los mismos.

En definitiva, «el tipo aparece compuesto por materiales suficientemente sólidos para que pueda cumplir el papel de 'piedra angular' del sistema penal» (pág. 1228). El tipo así considerado tiene ya una relevancia jurídica que deriva de numerosos principios y fuentes constitucionales, pero se trata de una relevancia no resolutoria porque «la palabra sucesiva la tiene el

ordenamiento en su conjunto» (ibídem). La existencia de normas que imponen el deber de realizar una conducta prevista en un tipo de delito o que facultan a ello hace surgir un *conflicto* de normas que se resuelve haciendo prevalecer aquellas normas conocidas como causas de justificación, con independencia de su ubicación en el ordenamiento jurídico. Tales normas poseen además la cualidad de desplegar sus efectos en el ordenamiento en su conjunto: las dudas que a este respecto existen sobre la caracterización del estado de necesidad como causa de justificación a la vista de la regulación de la responsabilidad civil en tal supuesto tendrían su fuente, a juicio de Marinucci, en la incertidumbre acerca de la naturaleza de *sanción* de la medida de resarcimiento: «si ésta fuera una *sanción* el estado de necesidad no sería una causa de justificación porque le faltaría la característica esencial de convertir el hecho en lícito, en cuanto no sancionado en todo el ordenamiento».

Por otra parte, las normas que prevén causas de justificación no tienen para Marinucci una función propiamente jurídico-penal, sino que cumplen variadas finalidades de orden político-constitucional, administrativo, etc. De ello se seguiría que las reglas constitutivas del Derecho penal —como ordenamiento necesitado de las máximas garantías formales— no se extienden a las causas de justificación que de este modo pueden venir fundamentadas en la analogía y en la costumbre. A la falta de comprensión de estas consecuencias habría contribuido la frecuente consideración de las causas de justificación como *excepciones* a la operatividad de los tipos. La idea de la relación regla-excepción entre tipicidad y justificación se había basado pues en el equívoco de no considerar a las normas permisivas como lo que son: normas en sí mismas subsistentes en colisión con las que subyacen a los tipos penales.

Finalmente, Marinucci examina atentamente las relaciones entre dolo y causas de justificación aprobando la solución prevista por el legislador italiano en el artículo 59, párrafo tercero, c. p. it. para el error sobre las mismas consistente en excluir la responsabilidad dolosa en caso de errónea suposición de su concurrencia, quedando a salvo, en su caso, la responsabilidad por imprudencia.

PADOVANI, Tulio: «La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle 'Modifiche al sistema penale'» (La suspensión condicional más allá del horizonte de las «Modificaciones al sistema penal»), págs. 1249-1275.

Realiza el autor en este artículo un agudo análisis de las innovaciones introducidas por la Ley núm. 689, de 24 de noviembre de 1981, en el régimen jurídico de la suspensión condicional de la pena. Las consideraciones en él contenidas alcanzan un notable interés también para el lector español en un momento en el que son de esperar importantes decisiones legislativas en materia de suspensión condicional de la pena y del fallo enmarcadas en la reforma en curso del Código penal.

Padovani juzga negativamente la posibilidad, reconocida por el legislador italiano, de suspender condicionalmente las sanciones de «semidetención» y

de «libertad controlada» configuradas por la propia Ley comentada como sustitutivas de las penas cortas privativas de libertad, por cuanto tal posibilidad contribuiría a convertir en banal la propia institución de la suspensión y la enfrenta además a serias contradicciones con la regulación prevista para tales sanciones sustitutivas. Esas contradicciones, que son destacadas en este estudio de forma detenida, podrían ser eludidas considerando la «semidetención» y la «libertad controlada» como sustitutivos penales de carácter subsidiario frente a la suspensión condicional, esto es, como sanciones sólo aplicables a falta de alguno de los requisitos establecidos para su concesión.

A su vez, se muestra este autor partidario de reforzar el sentido preventivo-especial de la suspensión condicional de la pena. En esta dirección, la suspensión debería eventualmente ir acompañada de tres clases de medidas: a) cargas con contenido reparatorio en sentido amplio, como las efectivamente dispuestas por el artículo 165 c. p. ita. tras esta reforma (condicionándose la concesión de la suspensión al cumplimiento de la obligación de eliminar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito impuestas por el juez en la sentencia condenatoria); b) medidas dirigidas al control del comportamiento del reo y a su reinserción social, y c) medidas sancionatorias con carácter punitivo. La oportunidad de medidas de la primera índole estaría fuera de toda duda: cargas de esa especie habrían de ser impuestas en todos los casos en los que el delito hubiera producido daños resarcibles o efectos eliminables y en los que el condenado se encontrará en condiciones de efectuar el resarcimiento al menos parcial o la eliminación aludida. Por ello critica Padovani la solución adoptada por el actual artículo 165 c.p.it. que prescribe que, sólo en la hipótesis de una segunda concesión del beneficio, la suspensión *debe* (y no meramente *puede*) ser subordinada al cumplimiento de una de las obligaciones reparatorias previstas.

Tampoco cabría dudar de la bondad del establecimiento de medidas de la segunda clase. Únicamente resultarían discutibles los presupuestos exigibles para la imposición de las mismas: la gravedad del delito no expresaría siempre e indefectiblemente una particular necesidad de prevención especial, por lo que habría de remitirse al juez la apreciación discrecional de su valor sintomático en concreto; distinta conclusión tendría que adoptarse en relación con la reincidencia que expresa efectivamente un nivel cualificado de predisposición para delinquir.

En cuanto a las medidas sancionatorias con carácter punitivo, apela Padovani a la experiencia de los países nórdicos donde, así como en Holanda, se admite la integración de la suspensión condicional con una auténtica pena de multa, o la de la República Federal de Alemania, donde el juez puede obligar al condenado a pagar una determinada suma de dinero al erario público o a una institución de utilidad pública, sin revestir a tal sanción del carácter de propia pena criminal. Tal eventualidad resultaría, según este autor, del todo plausible: sería indudable que respecto de sujetos no necesitados de resocialización (abundantes en la criminalidad económica) las exigencias de prevención especial se dejan sentir de un modo diferente, siendo «necesario impedir que en tales casos la suspensión de la pena sea

percibida como una suerte de salvoconducto merecido en virtud de un nivel 'normal' de integración social. La aplicación de una sanción punitiva pecuniaria tiende precisamente a evitar este riesgo, asegurando a la condena suspendida un grado residual de afflictividad, idóneo para 'sensibilizar' al reo socialmente integrado en el respeto a los valores penalmente tutelados» (pág. 1264).

Finalmente, se examinan los problemas que suscita la aplicación de la suspensión condicional a la pena de multa. La Ley 689/1981 se ha decidido, como ya hiciera en 1930, en favor de tal aplicación, la cual había devenido dudosa, indirectamente, al declararse inconstitucional —por sentencia de la Corte Constitucional italiana de 21 de noviembre de 1979— la institución de la conversión de la pena pecuniaria impagada en pena de privación de libertad, conversión prevista en el artículo 136 c.p.it. al que remitía el antiguo artículo 163 c.p.it. para determinar el límite de la pena pecuniaria por debajo del cual resultaba posible su suspensión condicional. En favor de tal aplicabilidad se mostrarían razones de carácter histórico dogmático importantes basadas en la alteración de significado de esta institución al trasladarse de los países del *common law* a los de *civil law*: mientras que en aquéllos la suspensión condicional aparece vinculada a criterios fundacionales (en concreto a la necesidad de ofrecer alternativas a las penas cortas de privación de libertad para delincuentes no peligrosos), en éstos, donde la concepción de la pena estaba ampliamente influenciada por el pensamiento de la retribución, la suspensión condicional tiende a entenderse como una modulación más de la escala penal guiada por criterios de proporcionalidad; «desde este punto de vista —escribe Padovani—, es obvio que la condena condicional deba poderse referir, indiscriminadamente, tanto a la pena privativa de libertad como a la pecuniaria. Si la pena privativa de libertad es más grave que la pecuniaria, sería absurdo que la medida de suspensión referible a la primera fuese por el contrario negada a la segunda, porque de tal modo la pena pecuniaria resultaría más afflictiva que la pena privativa de libertad suspendida» (págs. 1270 y s.).

Sin embargo, razones de Política criminal deberían arrojar algunas dudas sobre la bondad de esta solución. La tendencia a ampliar el ámbito de aplicación de las penas pecuniarias y a limitar correlativamente el recurso a las sanciones carcelarias concebidas como *extrema ratio* postularía a su vez una rigurosa salvaguardia del significado afflictivo de aquéllas, que podría ser debilitado excesivamente por el eventual empleo de la suspensión. Además, la suspensión condicional resultaría impracticable en un sistema como el italiano, que gradúa la pena pecuniaria en función de límites fijos. Por último, una razón de carácter sistemático haría absurda la suspensión de la pena pecuniaria: la relación de rango entre las sanciones pecuniarias criminales y las administrativas sería trastornada por completo si las primeras fueran susceptibles de suspensión, mientras que a las segundas subyace un rígido principio de infectibilidad.

EUSEBI, Luciano: «La 'nuova' retribuzione.—Sezzione II. L'ideologia retributiva e la disputa sur principio di colpevolezza» (La «nueva» retribución; Sección II. La ideología retributiva y la disputa sobre el principio de culpabilidad), págs. 1315-1357.

Constituye el presente artículo la continuación del publicado por el mismo autor en el fascículo anterior de esta misma revista (págs. 914-969), bajo el título «La 'nuova retribuzione' - Sezzione I. Pena retributiva e teorie preventive». En él se daba cuenta del renacimiento de las concepciones retributivas de la pena y de las causas de tal resurgimiento. La «nueva retribución» imposibilitada para asegurar una relación inmediata entre el delito y la pena habría venido a recurrir a un elemento externo a ambas magnitudes: la necesidad emotiva de satisfacción por parte de los ciudadanos. A juicio de Eusebi, frente a lo que normalmente se proclama, tampoco esta nueva versión de las teorías retributivas estaría en condiciones de ofrecer un límite preciso de garantía frente a las exigencias preventivas, sino que más bien supondría la expresión acabada de aquella rama de la prevención general que tiende a la estabilización social mediante la satisfacción de los impulsos reactivos suscitados en la comunidad por la comisión del delito. Que la teoría retributiva no es más que una «teoría preventivo-general enmascarada» (Haffke), no sería un dato de conocimiento reciente, sino una idea que estaba ya viva en la doctrina alemana del pasado siglo (Merkel) y que ha perdurado en autores más recientes (Beling, Richard Schmidt, Helmuth Mayer). Las causas de este renovado interés por la retribución vendría finalmente a explicarse por el supuesto fracaso del modelo resocializador que, a juicio de Eusebi, habría sido declarado con una precipitación excesiva y en parte sospechosa, por cuanto estaría condicionada en gran medida precisamente por las simpatías que de nuevo suscita una concepción retributiva de sesgo preventivo general.

Esta segunda parte del trabajo de Eusebi se dirige a analizar la influencia que en esta reafirmación progresiva de la concepción retributiva ha tenido la evolución más reciente de la interpretación jurídico-penal de la culpabilidad. Esto ha pasado a convertirse de presupuesto ético de la retribución a manifestación en sí misma de exigencias retributivas racionalizadas en sentido preventivo-general, como vendría a confirmarlo el análisis de las propuestas acerca de la culpabilidad en autores tales como Noll, Roxin y Jakobs.

A este respecto sería necesario resaltar que los llamados componentes positivos de la prevención general, a los que progresivamente se anuda la noción de culpabilidad, tienen dos connotaciones notablemente distintas entre sí, a juicio del autor. En una primera acepción tales componentes expresan la tendencia de la norma a institucionalizar el reconocimiento social de determinadas jerarquías de valores como factores cardinales para la convivencia entre los ciudadanos. Bajo esta perspectiva, que constituiría un elemento de novedad frente a la teoría clásica de la intimidación, se podría hablar de componentes positivos de la prevención general en sentido propio que dejarían abierta la posibilidad de que la sanción se pudiera estructurar de forma autónoma y teniendo en cuenta, ampliamente, las exigencias

de resocialización del condenado. En una segunda significación, por el contrario, se incluyen componentes que hacen referencia a la eficacia estabilizadora de la imposición de la pena y a la satisfacción de la necesidad de sanción por parte de los ciudadanos. Esta segunda acepción, de la que se podría hablar como componente retributivo de la prevención general, sería especialmente criticable en opinión del articulista: la sofocación de las necesidades de retribución se revelaría como una abdicación por parte del Estado a racionalizar el fenómeno criminal y como una respuesta aparente y, en esa medida conservadora, a un problema real, esto es, el de la criminalidad.

A la vista de todo ello, ¿es posible atribuir a la culpabilidad, en cuanto categoría dogmática, una función autónoma de garantía desligada de la teoría absoluta de la pena, pero no por ello derivable necesariamente de meras consideraciones preventivo generales? La contestación para Eusebi se encuentra en tomar en consideración también exigencias que no atañen directamente a la tutela de los intereses sociales, sino además a la tutela de los intereses del individuo condenado. Tales exigencias orientadas al individuo podrían considerarse representadas por la categoría de la culpabilidad que vendría a configurarse como un juicio de mediación entre un interés social y un interés privado. En esta perspectiva la culpabilidad así entendida perdería cualquier clase de relación con la idea de retribución sin dejar de cumplir, por ello, una función de garantía.

VIGNALE, Lucia: «*Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*» (En los límites de la tipicidad: la identificación de la conducta de participación), págs. 1358-1413.

Este trabajo se orienta a esclarecer el problema de la identificación de las conductas típicas de participación que se plantea en forma particularmente delicada en el Derecho italiano a la vista de la cláusula general prevista en el artículo 110 c. p. it. La autora parte, como la gran mayoría de la doctrina de ese país, de atribuir a las disposiciones sobre la participación una función extensiva de la punibilidad que permite la punición de conductas que serían en otro caso atípicas respecto de las figuras de delito previstas en la parte especial. Vistas así las cosas sólo determinando las exigencias típicas de las conductas de participación será posible determinar los límites dentro de los cuales opera la extensión de la responsabilidad a que acaba de hacerse referencia. La existencia de conductas no necesarias para la comisión del delito, pero que a juicio de la autora merecen ser castigadas a título de participación le conduce a rechazar el criterio de la causalidad para efectuar tal labor de tipificación. Junto a este criterio habrán de tomarse en consideración otros diferentes, entre los que no debería, sin embargo, encontrarse el de la elevación del riesgo que ha sido propuesto inicialmente en la doctrina alemana. Tal parámetro presentaría por una parte la dificultad de no ofrecer límites rigurosos entre los supuestos merecedores de pena y aquellos otros que resultarían penalmente irrelevantes y por otra parte incurriría en el defecto de carecer de todo fundamento normati-

vo en el derecho italiano. A la vista de ello habría de recurrirse al criterio de la tipicidad parcial, en realidad equivalente al defendido por la teoría objetivo-formal clásica para definir la coautoría, así como a principios extraídos de algunos artículos del C. P. I., que darían a entender qué conductas de organización instigación y acuerdo han sido considerados por el legislador como supuestos típicos de participación punible.

Enrique PEÑARANDA RAMOS

REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA

THE HOWARD JOURNAL OF PENOLOGY AND CRIME PREVENTION

Volumen XXII, número 3, 1983

McWILLIAMS, William: «The Mission to the English Police Courts 1876-1936» (La Misión de los Tribunales de Policía ingleses, 1876-1936). Págs. 129-147.

Este trabajo lleva a cabo una investigación sobre el nacimiento, desarrollo y labor realizada por la llamada *Police Court Mission*, o Misión establecida por la *Church of England Temperance Society* (Sociedad de Templanza de la Iglesia de Inglaterra) en los Tribunales de Magistrados, llamados, también, popularmente Tribunales de Policía. Igualmente analiza cómo fue posible que los *misioneros* quedaran absorbidos por el sistema de *probation*, pasando, pues, de una actuación basada en principios, o ideales, esencialmente religiosos, a una actuación basada en criterios de asistencia social más científicos.

MORGAN, Neil: «Non-custodial penal sanctions in England and Wales: a new utopia?». (Sanclones penales de no custodia en Inglaterra y Gales: ¿una nueva utopía?). Págs. 148-167.

En el año 1979, Stanley Cohen, profesor de la Universidad inglesa de Essex, publicó dos trabajos (1) en los que advertía sobre los peligros que, en su opinión, amenazaban la política, denominada «desencarcelación» (2),

(1) «The punitive city: notes on the dispersal of social control», en *Contemporary Crises*, volumen 3, 1979, págs. 339-363 y «Community control — a new utopia», en *New Society*, págs. 609-611. El segundo es una especie de versión resumida del primero, conteniendo, en cualquier caso, ambos trabajos las líneas esenciales del pensamiento de Cohen.

(2) No hay que confundir este fenómeno con el llamado *desincriminación* o *desincriminatlización*, si bien ambos pertenecen a lo que se pudiera denominar rasgos caracterizadores del «gran movimiento internacional de reforma del Derecho penal» (v. JESCHÉCK, Hans-Heinrich: «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal», en *Doctrina Penal*, núm. 7, julio-septiembre 1979. Págs. 465-476).

surgida en los años sesenta, que hizo asumir a países como el Reino Unido, Estados Unidos u otros países de Europa Occidental, la clausura de prisiones y establecimientos de internamiento, sustituyendo, de esta manera, los métodos de control segregadores (considerados ineficaces, no intimidantes, no rehabilitantes, crueles, etc.) por medidas de tratamiento o control comunitario; es decir, se traslada el medio de tratamiento desde las cárceles o centros de internamiento al medio social ordinario. Según definición del propio Cohen, por tratamiento o control comunitario (*community treatment* o *community control*), entonces, hay que entender «cualquier método de control social formal fuera de los muros de las instituciones tradicionales para adultos o jóvenes» (3) que se concreta, bien a través de medidas judiciales alternativas al encarcelamiento, bien a través de programas establecidos para fases pre-judiciales encaminados a evitar que el sujeto caiga dentro del sistema de justicia criminal tradicional. Para Stanley Cohen, «la nueva red de control social... está reproduciendo fuera de los muros de la prisión esos asombrosamente complicados sistemas de clasificación que fueron creados dentro de los muros de las penitenciarías del siglo XIX» (4), concretándose los peligros de este nuevo *community control* en tres procesos que él denomina *blurring* (oscurecimiento) (5), *widening* y *thinning* (ensanchamiento y estrechamiento) (6) y *masking* (enmascaramiento) (7).

En el trabajo que ahora es objeto principal de atención, Neil Morgan trata de reflexionar, cuatro años después de los trabajos de Cohen, sobre qué es lo que hay de cierto y qué de erróneo en lo expuesto por el profesor de Essex. Cifándonos a Inglaterra y Gales, antes que nada, intenta

(3) «The punitive city...», pág. 343.

(4) «Community control...», pág. 609.

(5) «*Blurring* se refiere a la creciente invisibilidad de los límites del aparato de control social» («Community control...», pág. 610). «Las instituciones de segregación o aislamiento... establecían sus límites de forma suficientemente clara. Tanto si las prisiones se construían en la mitad de las ciudades, como si en remotas zonas rurales o en islas desiertas, tenían límites espaciales muy claros para diferenciar al normal del desviado. Estos límites espaciales se veían reforzados por ceremonias sociales de exclusión. Los que estaban fuera podían pensar en lo que podría estar sucediendo detrás de los muros, los que estaban dentro podían pensar en el "mundo exterior". Dentro/fuera, culpable/inocente, libertad/cautividad, prisión/libertad; éstas eran diferenciaciones significativas. En el mundo actual del tratamiento comunitario estos límites ya no están claros» («The punitive city...», pág. 344).

(6) «Aparentemente, la principal creencia ideológica del movimiento en contra de las instituciones tradicionales deriva del deseo de limitar la intervención estatal (...). Resulta irónico, entonces... que los principales resultados de los nuevos movimientos... hayan sido los de aumentar más que disminuir la *cantidad* de intervención dirigida a muchos grupos de desviados en el sistema (este es el llamado efecto *thinning*) y, probablemente, aumentar más que reducir el *número* total de atrapados por el sistema por primera vez (este es el *widening*). En otras palabras: las "alternativas" no son alternativas sino nuevos programas que complementan el sistema existente o, incluso, lo extienden, atrapando en él a más personas». (Pág. 346 *in fine* y 347 de «The punitive city...»).

(7) El proceso de *masking* «...hace referencia a la manera en que la intencionada benevolencia, que aparece detrás de los métodos comunitarios, puede, a veces, ocultar el intrusismo de nuevos programas». («Community control...», pág. 611).

determinar cuál es, realmente, el alcance y aceptación de ese nuevo movimiento, de ese *community control*. Realmente —dice Morgan como conclusión a extraer después de un breve recorrido por informes realizados por diversas instituciones claves para el sistema penal inglés (8), opiniones doctrinales y decisiones de la propia *Court of Appeal*— «parece prematuro hablar de «transformación» del control custodial. La evidencia muestra un gran respaldo para los períodos cortos de custodia y la evidencia es que las tendencias «alternativas» no suplanten por sí solas la custodia» (pág. 154).

Por lo que al efecto *thinning* y *widening* se refiere, Cohen estima que muchas de las medidas de no custodia tienen «un grado de intervención superior al de... las multas, el perdón condicional (*conditional discharge*) o la *probation*» (9). Morgan no opina de la misma forma, ya que «la suspensión de sentencia, por ejemplo, confía en la amenaza de una futura intervención y, tomadas conjuntamente, las multas, los perdones, la *probation* y la suspensión de sentencia suman alrededor del 95 por 100 de las sentencias no custodiales para adultos» (pág. 155). Por lo demás, experimentos con *probation* «intensiva» en Inglaterra y en Estados Unidos han demostrado, según Morgan, que el nivel de «intrusismo» era notablemente inferior en Inglaterra. Por otra parte, añade Morgan, tampoco está claro que el *community control* haya logrado desplazar la aplicación de otras medidas de custodia o semi-custodia; aún más, «la proliferación de medidas de no custodia y de semi-custodia puede no ir en detrimento del uso de la custodia» (pág. 156).

Para Nel Morgan, en lo que al efecto *blurring* atañe, «un oscurecimiento de la distinción delincuente/no delincuente es, de alguna manera, algo inherente al concepto» de las medidas de tratamiento comunitario (pág. 158). Por lo que al proceso de *masking* compete, Morgan piensa que es posible que los profesionales de la asistencia social gusten de «ver su labor como de "ayuda" más que como de "castigo"» (pág. 158), pero, realmente, términos tales como «asistencia social racional», «benevolencia», «pautas de tratamiento», etc., han pasado a mejor vida. Ello podía ser así en los años sesenta, pero hoy «tal idealismo se ha evaporado y, en este momento, la tendencia general, promovida tanto por consideraciones ideológicas como fiscales, va encaminada a medidas relativamente simples y, considerando la relación coste-eficacia, con fines retributivos y/o reparadores» (pág. 159).

A estos dos últimos aspectos (el resurgir del retribucionismo y la reparación del daño causado por el delito, por una parte, y el coste económico de las medidas penales, por otro) está dedicada la última parte del trabajo. Morgan pone en evidencia que existe, actualmente en el Reino Unido, un creciente grupo de opinión que se muestra partidario del *control and punishment* (control y castigo) más que de medidas alternativas de tipo asistencial. Esta corriente de opinión se encuentra muy favorecida por el Gobierno conservador, donde sus portavoces más autorizados insisten en que se deben sustituir los términos: «tolerancia» y «tratamiento», por los de «cas-

(8) Por ejemplo, el *Advisory Council on the Penal System* (véase la nota 13), *The National Association of Probation Officers* (La Asociación Nacional de Funcionarios de *Probation*), *The Howard League*, etc.

(9) «The punitive city...», pág. 347.

tigo», «disciplina» y «control». Según señala el propio Morgan, «para muchos de los integrantes del Partido Conservador un planteamiento de control y castigo en la política criminal parece formar parte de una más amplia cruzada de "moralización del orden social", para rescatar valores tales como la disciplina, el trabajo duro, la familia, la competitividad individual, el auto-control, que, se argumenta, se perdieron casi totalmente en un temprano desenfundado liberalismo» (pág. 160). Esta política, de alguna forma ha influido en la *Criminal Justice Act* de 1982 que potencia la posibilidad de reparación del daño a través de las órdenes de compensación y trabajos al servicio de la comunidad (*community service order*).

En cuanto al coste económico de la política criminal, resulta muy significativa la afirmación que hace Morgan: «Durante los años cincuenta y sesenta el sentimiento general decía que el coste económico era, o al menos debía ser, irrelevante para la reforma penal. Esta visión ahora resulta pintorescamente arcaica» (pág. 162). La política penal se ve, pues, condicionada a mirar muy cuidadosamente la relación coste-eficacia de las medidas.

Por tanto, a modo de resumen podemos reproducir las conclusiones finales de Neil Morgan: «Dos dificultades principales, entonces, presenta la caracterización que el profesor Cohen hace de las tendencias actuales. En primer lugar, hay escasas evidencias para poder sustentar la tesis de que las medidas de custodia están ocupando "cada vez más un lugar de último resorte"; más bien parece que la utilización de períodos cortos de internamiento aumentará en lugar de las medidas de no internamiento. En segundo lugar, hay muy pocas pruebas de que exista una utópica ideología de *community treatment* fundada en los principios de asistencia social y empuñada en oscurecer los límites de la distinción delincuente/no delincuente y en disfrazar el control» (págs. 163-164). Parece que las tendencias futuras nos llevan más a medidas alternativas de no custodia basadas, no en fines de pura asistencia social o tratamiento, sino en fines retributivos y/o reparadores, simplificándose aquéllas y adoptadas teniendo en cuenta los posibles costes económicos.

WALKER, Mónica A.: «Self-reported crime studies and the British Crime Survey». (Estudios basados en la auto-confesión delictiva y el British Crime Survey). Págs. 168-169.

Este trabajo aborda la problemática que plantean las investigaciones realizadas sobre datos obtenidos preguntando a los sujetos qué delitos han cometido. Para la autora estos estudios ofrecen numerosos problemas metodológicos, pudiéndose dudar de la validez de las conclusiones que se extraen, sobre la base de esos datos. Además, siempre según Mónica Walker, se plantean algunos problemas éticos en el intento de persuadir a los sujetos para que contesten a dichos cuestionarios. En el mismo trabajo se analiza el *British Crime Survey* (Encuesta Británica sobre el Crimen), encuesta realizada en 1982 por el *Home Office Research and Planning Unit* (Centro de investigación y planificación del Ministerio del Interior) donde,

por primera vez en el Reino Unido, se han obtenido datos relativos al número de delitos, al miedo al delito, al tratamiento que deben recibir los delincuentes, ofrecidos por las propias víctimas de los delitos.

THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, DELINQUENCY AND DEVIANT SOCIAL BEHAVIOUR

Volumen 23, número 4, octubre 1983

MORASH, Merry: «Gangs, groups and delinquency» (Bandas, grupos y delincuencia). Págs. 309-335.

El presente trabajo constituye una aportación más de la literatura norteamericana al estudio de las bandas juveniles (*gangs*) y su trascendencia como factor criminógeno, tema que, precisamente por el gran desarrollo de la delincuencia en bandas, juveniles y no juveniles, en los Estados Unidos, ha dado origen, en dicho país, a una literatura prácticamente inabarcable, cuyo punto de partida se puede fijar en la obra de F. M. Thrasher, *The Gang, A Study of 1.313 Gangs in Chicago*, publicada en 1927.

PRAT, J. D.: «Folk-lore and fact in truancy research. Some critical comments on recents developments». (Ficción y realidad en la investigación sobre el absentismo escolar. Algunos comentarios críticos a recientes tendencias). Págs. 336-353.

Entre los factores de la crisis por la que atraviesa el sistema educativo inglés, se cuenta el absentismo de los escolares que, obligatoriamente, deben acudir a sus respectivos centros. El artículo que ahora se reseña, trata de poner en evidencia lo que Pratt considera falta de validez de determinadas conclusiones a las que llegan ciertas recientes investigaciones que, de forma general o sobre aspectos concretos, se han ocupado de este asunto. Problemas como la presunta estrecha relación existente entre los escolares que *hacen rabona* y la comisión de determinados delitos, que Pratt niega; la descripción prototípica del escolar que no acude a la escuela, puesta, igualmente, en duda por el autor, que piensa obedece más a tópicos que a realidades; el tratamiento que por parte de las autoridades locales y judiciales se da a estos jóvenes absentistas, etc. Todas estas consideraciones, entre otras, constituyen el contenido del trabajo.

Inmediatamente después (págs. 353-357) el editor ha insertado *A replay to Dr. J. D. Pratt* (Una réplica al Dr. J. D. Pratt) realizada por Ian Berg y sus colaboradores, algunos de cuyos trabajos son objeto de severas críticas por parte del Dr. Pratt. Esto, al igual que contestaciones hechas por el propio autor a recensiones de sus obras, constituye una práctica habitual en las revistas científicas del ámbito anglosajón.

SPJUT, Robert, J.: «Criminal Statistics and Statistics on Security in Northern Ireland». (Estadísticas Criminales y Estadísticas sobre Seguridad en Irlanda del Norte). Págs. 358-380.

El Ministerio de Irlanda del Norte y la *Royal Ulster Constabulary* (Real Policía del Ulster) han publicado una gran cantidad de datos sobre el terrorismo en dicha provincia. El primero, publica, trimestral y semestralmente, unas *Statistics on Security* y, en contestaciones a preguntas formuladas en la Cámara de los Comunes, así como en el Informe del Comité presidido por Lord Gardiner, ha suministrado una considerable información sobre terrorismo. Los informes del Jefe de la *Royal Ulster Constabulary* contienen, desde 1969, estadísticas sobre delitos y orden público, incluyendo terrorismo. El presente trabajo describe la información contenida en ambas fuentes, con indicación de los datos que ha rehusado a publicar el Gobierno, así como los criterios probablemente utilizados para la clasificación de las estadísticas sobre terrorismo y delincuencia. No examina ni las causas del terrorismo ni las causas de la delincuencia en Irlanda del Norte.

JONES, Stephan: «Deferments of sentence. An appraisal ten years on». (El aplazamiento del fallo. Una valoración sobre diez años). Págs. 381-393.

La *Criminal Justice Act* de 1972 introdujo, junto con otras consecuencias jurídicas alternativas a la pena de prisión, el aplazamiento del fallo. La sección 22 de aquella disposición (ahora sección 1.^a de la *Powers of Criminal courts Act* de 1973) otorgaba al Tribunal de la Corona y a los Tribunales de magistrados la potestad de aplazar el pronunciamiento del fallo, por un único y específico período de hasta seis meses, con el fin de permitir que el Tribunal pueda tomar en consideración, a los efectos de dictar sentencia, la conducta del reo posterior a la declaración de culpabilidad (10) (incluyendo, cuando se estime apropiado, la reparación del daño de su delito), así como cualquier otra variación de sus circunstancias (11). La sentencia será aplazada sólo si el reo consiente y si el tribunal está convencido, teniendo en cuenta la naturaleza del delito cometido y las circunstancias del sujeto, de que el ejercicio de tal potestad repercutirá en beneficio de la justicia.

Tras relatar los antecedentes de la institución, así como algunas de las vicisitudes acaecidas en el proceso de gestación de la mencionada sección 22 el autor lleva a cabo, a través de los tres únicos estudios publicados en In-

(10) Hay que tener presente que el proceso penal inglés se divide en dos fases: la *conviction*, o fase en la que se declara la culpabilidad del sujeto, y la *sentence*, o fase en la que se decide la pena o medida a imponer.

(11) Hay que tener en cuenta, a los efectos de poder diferenciar claramente esta institución de otras similares, por ejemplo, *probation*, que en ésta no se *suspende* el fallo (o la condena), sino que se *aplaza* temporalmente, de modo que, transcurrido el plazo fijado, el Tribunal dicta sentencia, pudiendo ésta consistir en una orden de *probation*, en una suspensión de la misma, o en cualquier otra medida posible, incluida la prisión, de acuerdo con el *common law* o el derecho estatutario.

glaterra sobre el aplazamiento del fallo desde 1972 (12), una valoración del funcionamiento de esta medida «introducida sigilosamente, casi de forma inadvertida» y que «provocó escasa reacción a su paso por el Parlamento», que ha suscitado «relativamente poco interés para los comentaristas» (pág. 381). La valoración se realiza comparando los datos, contenidos en los tres estudios, relativos a sexo y edad de los reos a los que se les aplazó el fallo; reos previamente acusados en otros procesos; reos previamente sometidos a medidas de vigilancia o supervisión (*probation*, etc.); delitos por los que más frecuentemente se ha adoptado la medida; ocasiones en la que los informes de asistentes sociales o abogados recomendaban el aplazamiento; duración de los períodos de aplazamiento; delitos cometidos durante el aplazamiento; ocasiones en las que el reo comparece ante un tribunal distinto, para recibir sentencia, del que aplazó el fallo; y, por último, contenido de las sentencias dictadas finalizado el período de aplazamiento. En algunos casos, por ejemplo en este último, los datos se comparan, además, con los contenidos en las estadísticas criminales oficiales de 1981.

La segunda mitad del trabajo está dedicada al análisis de algunos problemas de orden práctico que, a lo largo de este dilatado período de diez años en que ha funcionado la institución, se han planteado e, igualmente, se consideran determinadas objeciones de principio dirigidas contra el aplazamiento del fallo.

Por lo que a los problemas prácticos se refiere, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) «en los relativamente pocos casos de aplazamiento del fallo que han llegado hasta él, ha podido «clarificar algunos de los aspectos que han suscitado dificultades» (pág. 338). Sin embargo, Jones recoge la opinión de algún otro autor, concretamente de David Thomas, que se lamenta de que dicho Tribunal no haya dado una serie de directrices de carácter general, en lugar de, como ha hecho, resolver caso por caso de forma particular. El propio Thomas sugiere qué aspectos debían ser objeto de dichas pautas.

Por lo que a las objeciones de principio se refiere, la primera, y más importante, es que el aplazamiento del fallo permita al reo «comprar» una solución judicial favorable, con lo que se desvirtúan los propios fines del proceso judicial y los de la propia sanción, pasando, pues, la reparación del daño, a ser lo único importante y convirtiendo la justicia en algo susceptible de comercio y de regateos. Esta objeción se ha formulado por la demostrada tendencia de los jueces a aplazar el fallo con el fin de permitir al reo reparar, en lo posible, el daño ocasionado por el delito, dictando, en caso de hacerse efectiva dicha reparación, una sentencia favorable para el convicto. A pesar de que tanto en el informe del *Advisory Council on the Penal Sis-*

(12) Las tres investigaciones son: la primera, realizada en 1973 por el *Home Office Research Unit* (Centro de Investigación del Ministerio del Interior), está basada en 301 fallos aplazados en los Tribunales de magistrados del área urbana de Londres, junto con el Tribunal de la Corona de Middlesex; la segunda, dirigida por el Departamento de Administración Social y Asistencia Social de la Universidad de York, realizada sobre un estudio de 392 fallos aplazados en West Yorkshire; finalmente, la tercera está hecha sobre 60 fallos aplazados, entre el 1.º de febrero de 1982 y el 31 de enero de 1983, en los Tribunales de la Corona de Bristol y Gloucester.

tem (13), como en algún fallo del Tribunal de Apelación, se ha insistido en que no es ese el fin de la institución, al menos no el primordial, la objeción, según el propio Jones, es mantenible.

La segunda objeción de principio las plasma el autor haciéndose la siguiente pregunta: ¿realmente «añade algo a nuestro arsenal punitivo; añade, el aplazamiento del fallo, algo que no fuera posible mediante la utilización de otros dispositivos penales?» (pág. 391. Contestando a este interrogante, para Stephan Jones, esta institución tiene, a diferencia de otros mecanismos similares, la ventaja de, por una parte, no tener que someter al sujeto a vigilancia o supervisión y, por otra, permite llevar a cabo, al propio sujeto, por sí mismo, su reforma.

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Departamento de Derecho Penal de la
Universidad Complutense de Madrid

(13) Consejo Asesor del Sistema Penal. Es un órgano consultivo del Ministro del Interior en materia de reforma del sistema penal que, a requerimiento de éste, emitió un *Repport* (informe), publicado en 1970, denominado *Non-custodial on semi-custodial penalties* (Sanciones de no custodia y semi-custodia) en el que, entre otras medidas, se recomendaba la aplicación, como alternativa a la pena privativa de libertad, del aplazamiento del fallo. Dicho Consejo Asesor tiene un Subcomité de *Non-custodial and Semi-custodial Penalties*, presidido por Lady Wootton y, por eso, en el trabajo de Jones se refiere al informe citado como el informe del Comité Wootton.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVII

AÑO 1984

Páginas

TOMO XXXVII - FASCICULO I - ENERO-ABRIL

SECCION DOCTRINAL

<i>Fundamento del deber juridico y delimitación de la tipicidad</i> , por Armin Kaufmann	5
<i>Las actuaciones en nombre de otro</i> , por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto	23
<i>El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española</i> , por Francisco Bueno Arús	67
<i>Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	81
<i>El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)</i> , por José Manuel Gómez Benítez	103

SECCION LEGISLATIVA

I. Derecho penal. Parte general	133
II. Derecho penal. Parte especial	161
III. Ley de Enjuiciamiento Criminal	165
IV. Consejo General del Poder Judicial	170
Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del E.	173

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García.	203
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	211

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	251
<i>Revista de revistas</i>	261

INDICE

SECCION DOCTRINAL

	<i>Páginas</i>
<i>Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad, por Armin Kaufmann</i>	5
<i>Las actuaciones en nombre de otro, por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto.</i>	23
<i>El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española, por Francisco Bueno Arús</i>	67
<i>Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia, por José Luis Manzanares Samaniego</i>	81
<i>El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), por José Manuel Gómez Benítez</i>	103

SECCION LEGISLATIVA

I. Derecho penal. Parte general	133
II. Derecho penal. Parte especial	161
III. Ley de Enjuiciamiento Criminal	165
IV. Consejo General del Poder Judicial	170
Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.	173

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García	203
Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón	211

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	251
Revista de revistas	261

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-14.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 3.300 pesetas

Extranjero, 3.600 pesetas

Número suelto: España, 1.300 pesetas

Extranjero, 1.600 pesetas