

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVII
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO
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.º

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

MANUEL GARCIA MIGUEL

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

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.—28014 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: Enero-Abril 1984.

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. 28014 Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli. núm. 6. 28014 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 II**



**MAYO-AGOSTO
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

La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas (*)

Por CARLOS GARCIA VALDES
Universidad de Alcalá de Henares

I

A nadie se le alcanza discutir hoy que uno de los más graves problemas que tiene planteados España es la amenaza terrorista. Terrorismo que incide en varios aspectos de nuestra convivencia ciudadana y en la actuación jurídica y política del Estado, único legitimado para combatirlo.

Vaya por delante que desde hace tiempo vengo reflexionando sobre el tema que hoy aquí expongo y que es asunto que inquieta mi pensamiento.

Como introducción general, baste decir que el fenómeno de la delincuencia terrorista afecta a un muy amplio sector de nuestro pueblo. De una parte, a los familiares de sus víctimas, la mayoría inmensa servidores de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y mandos del Ejército, que no llegan a entender el por qué de este dolor relampagueante y a la vez ya permanente; por otro lado, al resto de los ciudadanos que ven conmovido su acontecer diario con tremendas noticias de tales sucesos en los medios de comunicación y sienten la intervención policial en identificaciones y controles generalizados; por fin, al Gobierno, a cualquier Gobierno, que quiere dar respuesta legal a la escalada delictiva aprobando y poniendo en ejecución medidas jurídicas urgentes, que distorsionan a veces y otras retrasan objetivos más prioritarios en tiempos de normalidad.

De ahí el interés por el tema, de permanente y desgraciada actualidad, y la necesidad del análisis técnico que, con toda modestia y sinceridad, con la información de que dispongo, voy a tratar de ofrecer, dividiendo mi exposición en los siguientes apartados: Delito político y terrorismo (II); medidas policiales (III) y jurisdiccionales acerca del mismo (IV); tipos delictivos concretos en el Código penal y la legislación especial (V); actuación penitenciaria (VI) y, finalmente, técnicas legales de rehabilitación de los terroristas (VII).

(*) Comunicación presentada a las V Jornadas de Profesores de Derecho Penal (Segovia, mayo 1984).

II

Para centrar el problema en sus exactos términos, conviene realizar, aun sucintamente, una indagación histórica y conceptual de la delincuencia política y tomar postura sobre la naturaleza del terrorismo, en relación a la misma (1).

Tres grandes fases marcan los períodos históricos en que puede dividirse la evolución de los delitos políticos.

Es la primera la que se extiende hasta el año 1786, época en que tal infracción es una de las de mayor gravedad.

Es el período «terrible y fantasmagórico», en acertada frase de Carrara, donde impera, cruelmente castigado, el crimen de «lesa magestad»: terrible, se precisa, porque se funda en millones de cadáveres; fantasmagórico, porque reina en los países el fantasma del terror y del miedo; y es también el momento en que los mecanismos de defensa populares se concentran en el reconocimiento doctrinal del tiranicidio y del derecho de resistencia contra el orden despótico e injusto.

En la fecha indicada desaparece, o al menos decae, aquel concepto delictivo y la nueva corriente del liberalismo impregna el campo del Derecho punitivo en este aspecto concreto, al igual que el romanticismo y su exaltación del ideal abona el camino en orden a considerar al delincuente político una especie de héroe altruista que, en solitario, se alza contra la impresionante mole del aparato del Estado.

Nos encontramos así en la segunda fase histórica. Las penas se rebajan notablemente y los primeros tratados de extradición que firman las naciones contienen en su articulado cláusulas de no entrega de los reos de delitos políticos, por parte del Estado requerido, en cuyos confines geográficos han buscado asilo territorial.

La seguridad interior del Estado es, desde entonces, el bien jurídico protegido en esta moderna concepción de la delincuencia política y su defensa va a marcar, en este sentido, cuál es el estado actual de la cuestión: concepción estricta y límites estrechos de lo que va a entenderse por disenter o atacar la línea de gobierno; o concepto democrático y amplio de aquella oposición, asumiendo los derechos de expresión, reunión, manifestación o asociación, reconocidos desde el año 1948 por las Naciones Unidas, dejando al margen, como digno del castigo penal, el delito terrorista cuando se lleva a cabo en países democráticos por agrupaciones armadas extraparlamentarias de uno u otro signo.

Esta es la presente etapa o fase de la mencionada evolución, que se caracteriza por dos grandes líneas divisorias y bien diferenciadas: aquella que afirma la benignidad liberal y otra radicalmente contrapuesta que muestra inequívoca dureza de la mano de gobiernos totalitarios o autoritarios.

(1) Este apartado II está elaborado con notas-resumen del primer capítulo de mi monografía *El delito político*, Madrid, 1976, págs. 7 y ss. Para este tema, es de elevado interés ahora: PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980.

Contemplado de esta manera, incompleta y sintética, cual ha sido el devenir del delito político, importa ahora precisar conceptualmente lo que ha de entenderse por delincuencia política, separándola netamente de aquella otra que no merece tal nombre, dada su índole común o terrorista, a la vez que matizar cuál ha de ser el criterio, objetivo o subjetivo, válido para definir la misma.

Hace tiempo que la conducta delictiva, en general, fue separada en dos grandes campos irreconciliables, y así se ha hablado de una delincuencia atávica, esencialmente egoísta, de claro provecho personal, contrapuesta a la evolutiva o altruista. Aceptando esta clasificación doctrinal propuesta, no vacilo en considerar genéricamente a la política como delincuencia evolutiva y a la común y terrorista como atávica.

¿Cuándo estamos en presencia de una u otra conducta? Dos son las teorías formuladas: la objetiva, que centra su análisis en el bien jurídico protegido y la subjetiva, que lo hace en el móvil que llevó al sujeto activo a delinquir.

Para la primera teoría el ataque a los postulados ideales de la seguridad interior del Estado es un acto delictivo político, mientras que el atentado a la integridad personal o la propiedad ajena, no lo es. Será la postura adoptada por las legislaciones europeas.

En cuanto a la segunda, el móvil es el determinante a este respecto. Si la motivación fue política, es indiferente, a efectos conceptuales, la lesión de los bienes jurídicos. Es, por ejemplo, la posición de la mayoría de los Códigos hispanoamericanos.

Personalmente me inclino por un criterio mixto donde el concepto «móvil político» debe ser limitado y negar por exceso que se entienda delincuencia política pura aquellas acciones que, aunque se presenten como de motivación ideológica, comporten de manera intencional lesión de bienes jurídicos de carácter común y así: los denominados delitos conexos, hechos terroristas que, con el fin de atentar contra el Estado, procuran víctimas entre ciudadanos contra los que no se dirigía directamente el acto destructivo, pero a los que no ha importado sacrificar; desde luego, el terrorismo común o, en fin, el indiscriminado asesinato de miembros de las Fuerzas de Orden Público, pues como se definió ya, con certeras y escuetas palabras, en la Conferencia para la Unificación de Derecho Penal (Copenhague, 1935), «no se consideran delitos políticos aquellos que crean un peligro comunitario o un estado de terror».

Llegados a este punto, podemos definir hoy el terrorismo como aquella conducta delictiva que mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos.

La condena unánime que el terrorismo merece en todos los países con pluralismo político se ve reflejada en reuniones y simposios de foros internacionales (2), donde se sientan las bases modernas para com-

(2) Vid. en este sentido, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977, ratificado por España por Instrumento de 9 de

batirlo (policía preventiva, profilaxis y firmes sanciones penales), partiendo de unos postulados-tipo doctrinales cuales el esencial de la base democrática del Estado donde se ha desarrollado la acción terrorista —principio de la peligrosidad general versus la particular— y el diferenciar entre las diversas especies clasificatorias: terrorismo común, revolucionario o ultraconservador y el de acción nacional o internacional.

III

Resuelto ya el primer interrogante, veamos ahora cuáles son las medidas legales, en el ámbito de la actuación policial, tendentes a la prevención y represión del terrorismo en España (3).

Dos son las disposiciones legales que inciden, fundamentalmente, en esta materia: el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana y la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, que es el que autoriza a suspender los derechos de inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones, así como prolongar el límite del tiempo de la detención gubernativa, para las personas integradas o relacionadas con elementos terroristas o bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana (4).

Las normas mencionadas parten del equilibrio entre la conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales, y la adecuada respuesta al fenómeno terrorista que altera la paz y la convivencia, evitando así la indefensión de la sociedad; y en concreto, son de destacar las siguientes medidas, entre otras: prolongación de la detención policial hasta por diez días, autorización de la incomunicación sin derecho a entrevista con abogado (5), intervención judicial o gubernativa de la correspondencia o el teléfono, registro domiciliario sin mandato

mayo de 1980; de interés al respecto: LÓPEZ-REY, *Criminología internacional*, Madrid, 1983, págs. 56 y ss. y 149 y ss.

(3) Vid., por todos, críticamente, los siguientes trabajos: ARROYO ZAPATERO; *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 15, 1981, págs. 379 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Crítica de la política penal de orden público*, en Revista, cit., núm. 16, 1982, págs. 49 y ss.; ALVAREZ-COBOS, *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho penal*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 68, 1983, págs. 161 y ss., y MUÑAGORRI, *La Administración de Justicia y procesos de criminalización*, Separata de la «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 7, esp. págs. 153 y ss.

(4) El Proyecto de Ley Orgánica contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución —cfr. «Poder Judicial», núm. 9, 1983, págs. 137 y ss.—, refunde y deroga las disposiciones mencionadas en el texto, sin alterarlas sustancialmente.

(5) Cfr. Artículo único de la Ley Orgánica 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.

del juez, control del arrendamiento de viviendas o, en fin, la posibilidad de dictar prisión incondicional para los presuntos autores de actos terroristas.

Junto a tales actuaciones legales, ampliamente utilizadas, no se ha empleado aún la aplicación de los estados de excepción o sitio, previstos en la Constitución y establecidos por Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (6).

Expuesto el alcance de las disposiciones antiterroristas españolas, es conveniente advertir lo que acontece en otras democracias occidentales, azotadas también por el terrorismo, partiendo de la base de que la legislación antiterrorista europea es un fenómeno a partir de los años setenta, con la excepción de la dictada para Irlanda del Norte.

Así, voy a destacar algunas normas vigentes en Europa. En Alemania Federal, por ejemplo, se promulga la «Ley de incomunicación» o prohibición de comunicación, de 30 de septiembre de 1977, para los detenidos sospechosos de terrorismo, tanto de los presos entre sí, como con el exterior, incluso con sus abogados; Ley declarada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional de aquel país, según resolución de 1 de octubre de 1978, fundándose en el principio de la valoración prioritaria de los bienes jurídicos a proteger. Otras disposiciones, enmarcadas en este contexto, son las referidas a la detención preventiva, intervención telefónica, registros, comprobaciones de identidad o limitación de desplazamiento, esta última de 6 de noviembre de 1978.

En el Reino Unido, una serie de leyes especiales van a afrontar la lucha jurídica contra las organizaciones terroristas, especialmente en Irlanda del Norte, después de haber permanecido en vigor, desde 1922, la Ley de Poderes Especiales que ya adelantaba posibilidades legales de actuación, como la prolongación de la detención, el sistema de internamiento, etc.

Cuatro son las normas esenciales en este tema: las dos sobre Prevención del Terrorismo, de 1974 y 1976, la de Supresión del Terrorismo de 1978 y, en el mismo año, la Ley de disposiciones de Emergencia de Irlanda del Norte. Las atribuciones concedidas a la policía son amplias: detención por siete días, entrada y registro domiciliario sin mandato, expulsiones territoriales, confinamientos de sospechosos de terrorismo, intervención de comunicaciones postales y telegráficas, apertura de correspondencia, etc.; y en el terreno procesal, ha de mencionarse la creación de Tribunales Especiales de lo Criminal y la supresión del jurado para Irlanda.

Por lo que hace a Italia, ese gran país, viejo conocido del terror, la defensa contra el mismo se viene organizando sistemáticamente. A estos efectos, ya el Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1979, convertido en Ley de 6 de febrero de 1980, permitía a la policía una serie de

(6) Vid. BERDUGO, *Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*, en «Revista de Política Comparada», número V, 1981, esp. 109 y ss.

actuaciones frente a los sospechosos de terrorismo tales como vigilancias, controles, arresto de seguridad pública y detención por el doble de tiempo del previsto en la ley ordinaria, interrogatorios sin asistencia letrada, etc.

Pero lo más destacado del conjunto de leyes italianas, son los preceptos referentes al denominado «arrepentimiento de terroristas», artículos 309 CP, 4 de la Ley citada de 1980 y 1 y 3 de la de 29 de mayo de 1982, legislación motivada por la interpelación de los diputados Piccoli y Craxi, este último hoy Primer Ministro del Gobierno socialista. Estas disposiciones contienen una serie de beneficios legales para los sujetos que desisten de tales actividades delictivas, abandonando la lucha armada, suspendiéndoles condicionalmente la condena o no declarándoles punibles en casos de contribución eficaz para evitar los actos terroristas, cooperación con la acción judicial u obtención de pruebas para identificar o capturar a otros miembros de la banda. La filosofía que subyace en la normativa es la de tratarse de una solución política inserta en el fenómeno terrorista (7).

La valoración jurídica de lo hasta aquí expuesto me merece las siguientes reflexiones: en primer lugar, basta una lectura de la legislación comparada para advertir cómo la legalidad española se ajusta a cuanto en el extranjero se efectúa para luchar contra la delincuencia terrorista; en segundo término, ha de advertirse que tales actuaciones policiales, lícitas y legítimas, por constitucionales, pueden fácilmente desvirtuarse y crear efectos contraproducentes en la población, precisamente cuando se convierten en indiscriminadas y generales, es decir, contrarias a como exige la Constitución de 1978: de forma individual y para sujetos concretos y determinados; de ahí, el peligro de las técnicas generalizadas de controles de carreteras, rastreos en amplias zonas urbanas o extensión del plan ZEN; y como tercer punto, entiendo que estas medidas legales, equilibradamente aplicadas, tienen el respaldo constitucional necesario pues en esa Norma superior están previstas y se han desarrollado siempre por Leyes Orgánicas aprobadas, como se exige en Derecho, por mayoría absoluta del Parlamento y poco importa que lo fueran por decisión del anterior Gobierno, cuando el presente las pretende refundir y desarrollar en el actual Proyecto de Ley de Bandas armadas y elementos terroristas, dando muestras hoy del sentido común del que, tal vez electoralistamente y con un punto de incoherencia, careció entonces al oponerse a las mismas cuando se encontraba en la oposición y no tenía en sus manos la responsabilidad del Estado.

IV

Unido a la autorización de las intervenciones policiales más excepcionales, cabe completar el panorama jurídico de estos apartados de mi exposición, antes de entrar en el campo sustantivo y penitenciario,

(7) Vid. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi pentiti*, Milano, 1983.

con la presencia de un órgano jurisdiccional independiente y especializado en el conocimiento y juicio, con carácter procesal de urgencia, de las conductas delictivas de terrorismo; tal Tribunal es la Audiencia Nacional.

Creada en España por Real Decreto-Ley 1/1977 y sucesivamente reformadas o revisadas sus competencias, entre otras disposiciones, por Ley 82/1978 y Leyes Orgánicas 11/1980, 2/1981 y 12/1983, no puede, con rigor, defenderse que venga a ser heredera de Tribunales excepcionales o especiales, como los que han existido en nuestro país en otras épocas.

Y así, cuando por Ley de 2 de diciembre de 1963 se crea el Juzgado y Tribunal de Orden Público, con sede en Madrid, con competencia en todo el territorio nacional, para instruir, conocer y juzgar los hechos delictivos contra la seguridad del Estado, es decir, los delitos políticos, suprimiéndose el Tribunal Especial de represión de la Masonería y el Comunismo, creado por Ley de 1 de marzo de 1940, se estaba estableciendo la «justicia política», en frase de Peces-Barba, y su existencia y funcionamiento se cuestionaron por cuantos actuamos ante aquella jurisdicción.

Personalmente siempre fui contrario al TOP, como órgano jurisdiccional, teniendo presente, además de los motivos mencionados genéricamente, lo que de excepcional tenía en el panorama del Derecho penal y procesal europeo occidental, y su débil independencia frente al sistema político autoritario imperante, como recordaba Toharia (8).

Frente a estos antecedentes, sí me muestro, en cambio y decididamente, partidario de la Audiencia Nacional, por cuanto: 1) desde un punto de vista jurídico se presenta como fuertemente independiente del ejecutivo, lo cual es propio de la democracia; 2) su competencia se extiende, entre otras, al conocimiento y juicio de los delitos de terrorismo, lo que nada tiene que ver con el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en las sociedades democráticas y pluralistas; y 3) por dos elementales razones prácticas: su dedicación y competencia a estos supuestos permite una muy superior aceleración de las vistas y su localización territorial madrileña evita el hacer casi imposible el ejercicio de la función jurisdiccional, como podría acontecer si los juicios tuvieran lugar en los territorios donde más se producen acciones terroristas y actúan sus corifeos y apólogos.

V

Desde un punto de vista de técnica penal, la tipificación del terrorismo puede hacerse de tres maneras: como delito común, sin mención especial alguna; como infracción autónoma, con *nomen iuris* propio e independiente de los delitos comunes de asesinato, secuestros, atracos, etc.; o mediante una legislación especial. De estas mo-

(8) TOHARIA, *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España*, Madrid, 1974, pág. 45.

dalidades hay constancia en nuestro sistema punitivo, optándose por la segunda técnica en los derogados artículos 260 y siguientes del Código penal y en el Proyecto y Anteproyecto de Ley de nuevo Código, de 1980 y 1983, elaborados, respectivamente por la UCD y el PSOE (9); y por los otros procedimientos refundidos, en los momentos presentes, desde el año 1978.

La actual regulación típica del terrorismo se contiene en la legislación ya citada en otro apartado de esta comunicación y en los nuevos artículos 174 bis del Código penal introducidos por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, especie de defensa de la Constitución. Las conductas delictivas que se castigan en la legislación especial vigente y en el nuevo Proyecto son las efectuadas por bandas armadas contra la vida o integridad de las personas, atentados, asaltos a establecimientos militares, atracos y robos, secuestros bajo rescate o condición, tenencia o depósitos de armas o explosivos, rebelión, extorsiones y amenazas, estragos, incendios y análogos, así como la apología de las mismas o sus autores.

Por su parte, las últimas reformas de los textos punitivos incorporan, entre otras, la asistencia a cursos o campos de entrenamiento, los comandos informativos o de apoyo y los actos de organización o reconstrucción de grupos armados. En cualquier caso, se sanciona toda clase de delito cometido por dichas bandas terroristas con penas siempre superiores a las correspondientes a cada tipo penal y cuando se produzca la muerte de personas, con reclusión mayor, máxima sanción contemplada en nuestras leyes.

Asimismo, desde el punto de vista del Derecho comparado existe la tipificación delictiva de las conductas de terrorismo.

De esta manera, unos países han elegido la vía de la legislación especial, modificando en ciertos casos el articulado de sus Códigos penales y en otros, dejando los nuevos supuestos en leyes específicas —es el caso de los países citados en otro momento de esta exposición—; o remitiendo la problemática a los textos punitivos vigentes, sin la calificación de «terrorismo» para tales hechos, enmarcados en la delincuencia genérica: así, Francia, Bélgica o Suiza.

De su lado, en la mayoría de las naciones de nuestro círculo jurídico-cultural, azotadas por el terrorismo, existe una normativa penitenciaria que se refiere específicamente a estos graves supuestos; en este sentido, ha de mencionarse la situación de Alemania Federal, Italia o el Reino Unido, con establecimientos especiales al respecto, dotados de elevados y costosos medios de seguridad y control y partiendo del principio de la especialización o concentración, es decir, el internamiento en uno o varios centros penitenciarios de los elementos terroristas, sin mezcolanza con los delincuentes llamados, convencionalmen-

(9) En tales textos el delito de terrorismo se viene a definir como el atentado contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios o el orden constitucional, cometido por organizaciones o grupos armados, con el fin de alterar la paz pública y empleando medios o artificios ocasionados a grandes estragos (cfr., por ejemplo, art. 488 Anteproyecto 1983).

te, comunes para evitar contagios y proselitismos, pues no debe olvidarse que, por ejemplo, las Brigadas Rojas italianas, desde luego, engrosa sus filas con esta clase de criminales (10).

Por eso, por ejemplo, se establecen las ocho cárceles especiales italianas, desde mediados del año 1977 y, anteriormente, las alemanas, dotadas de un régimen interno de vigilancia severo, o los campos de internamiento, de máxima seguridad, en Irlanda del Norte.

Siguiendo esta pauta, la Orden de nuestra Presidencia del Gobierno, de fecha 26 de octubre de 1983, establece en su artículo 1 que, por razones de seguridad pública, «los Cuerpos de Seguridad del Estado se harán cargo inmediatamente de la custodia y vigilancia interior del establecimiento penitenciario de régimen cerrado de Herrera de la Mancha (Ciudad Real), con carácter temporal», previsión ésta que se acomoda particularmente al actual momento penitenciario (11).

VI

Materia especialmente actual y conflictiva, por lo delicada jurídica y políticamente es la referente al tema de las medidas legales atendientes a la reinserción ciudadana de los ex-terroristas o al tratamiento penal de los denominados «arrepentidos».

La primera de las materias enunciadas es asunto eminentemente político, de exclusiva responsabilidad del Gobierno. Hay que decir, no obstante, que por la vía del indulto particular, regulado aún por la Ley, más que centenaria, de 18 de junio de 1870, cabe la posibilidad técnica de otorgar gubernamentalmente el acortamiento o extinción de su condena a quienes se muestren decididos y comprometidos al abandono de la lucha armada y no posean delitos de sangre en sus antecedentes o su conciencia, estén internados en España o exiliados en el extranjero. En tal punto hay que manifestar, tajantemente, que donde el Derecho penal acaba: procesamiento, juicio, condena y cumplimiento de la pena, empieza la política.

Por lo que se refiere a la regulación legal de los «arrepentidos», el expediente me parece aceptable y su regulación adecuada (12).

En efecto, el nuevo artículo 174 bis c) del Código penal introducido por la ya mencionada Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, de Defensa de la Constitución, establece que:

«El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con las fuerzas de seguridad o con la autoridad judicial con

(10) En este sentido: PADOVANI, *Vivir con el terrorismo. El modelo italiano*, Barcelona, 1983, pág. 14.

(11) Los miembros de las organizaciones terroristas son destinados, además de a Herrera, a los establecimientos penitenciarios de El Puerto, Nanclares, Alcalá-Meco, Soria y Zamora (hombres) y Yserías (mujeres); cfr. «Informe General, 1982», DGIP, Madrid, 1984, pág. 37.

(12) Sobre este tema, con rigor: GARCÍA-PABLOS, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en «Comentarios a la legislación penal», tomo II (El Derecho penal del Estado democrático), Madrid, 1983, págs. 164 y ss.

actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminsonar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, se les rebajará en dos grados la pena que le corresponda por su participación en dichos delitos.»

La misma rebaja se opera para los terroristas que colaboren con las fuerzas de seguridad o la autoridad judicial en el descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados.

Con este antecedente legal, el artículo 6 del actual Proyecto de Ley Antiterrorista, ya citado, atenúa las penas en supuestos de desistimiento voluntario, con propósito de reinserción social de los terroristas que voluntariamente hayan abandonado sus actividades y presentado a las Autoridades a confesar los hechos en que hubieren participado y que tal abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere producido la evitación o disminución sustancial de una situación de peligro por él causada, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables. En tales supuestos, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito y se añade:

«Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delinquentes o para la evitación del delito o del desarrollo de las bandas terroristas o subversivas y siempre que no se imputen al mismo, en concepto de autor, acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código penal. Esta remisión se entenderá condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley durante el período que fija la sentencia, que no podrá ser inferior a cinco años».

Más restrictivamente, el Anteproyecto de nuevo Código penal, de 1983, establece únicamente la impunidad de la conspiración, proposición, provocación, apología o cualquier acto preparatorio de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos, «si el culpable revelare el plan delictivo a la autoridad o a sus agentes de tal modo que éstos logren impedir su ejecución» (art. 495.4).

Técnicamente los preceptos de la legislación especial contienen, de una parte, el artículo 174 bis c) CP, una especie de analógica superatenuante de la responsabilidad criminal (13), por cuanto contempla la rebaja sustancial de la pena correspondiente en uno o dos grados; y de otra, el artículo 6 del Proyecto Antiterrorista, una excusa absoluta, al poder llegar a remitirse la pena en los casos y condiciones

(13) Según RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 9.ª ed., Madrid, 1983, pág. 707, se trata de una causa personal de atenuación de la pena.

allí descritas; políticamente, me parece razonable emplear todos los medios legales para lograr el objetivo fundamental de combatir el terrorismo y esta técnica de los «arrepentidos» lo es y ofrece buenos resultados como se ha demostrado en Italia, país exportador de este precepto penal.

En modo alguno puede considerarse esta técnica legislativa como un «premio a la traición», como alguien ha escrito (14), pues ello significa partir de una valoración positiva y superior de los sentimientos de lealtad entre los delinquentes terroristas, frente a la defensa de la sociedad que aparece así como algo negativo y desleal: el Oteló de la historia veneciana se transforma en Yago, contra toda lógica.

VII

Como ha podido advertirse a lo largo de mi exposición, es notorio que el Estado democrático español posee un importante arsenal punitivo para hacer frente al fenómeno de la delincuencia terrorista.

Dejo al margen voluntariamente otras consideraciones acerca de si se han agotado las medidas políticas en este terreno, el dedicar unas líneas a la llamada «guerra sucia» o hablar de la cooperación internacional en este tema, entre otros puntos actuales y candentes (15).

Sólo cabe decir que, sin perjuicio de que las primeras las entiendo agotadas, en cualquier caso, no le incumben al penalista y respecto al segundo tema, la respuesta tampoco me pertenece, aunque sí advertir que la propia Ley española, la Orgánica del Poder Judicial, de 1870, protege la vida e integridad personal de sus nacionales allí donde se encuentren frente a los ataques de otros españoles (16).

Por último, es evidente que la cooperación internacional es básica en esta materia. Mientras existan «santuarios» fronterizos, campos de entrenamiento libios y yemeníes o servicios secretos que coadyuven al terrorismo, la batalla será larga y dolorosa. Ahora bien, ¿si en otros países democrático-occidentales se ha ganado, por que no en España?

(14) Vid. el libro colectivo, poco fiable excepto algún trabajo, que no es precisamente el que se cita, *Represión, tortura y Gobierno PSOE*, Madrid, 1984, págs. 165 y ss., referido al art. 174 bis c) CP. Con semejante descalificación terminológica pero de serio contenido, reflexionando sobre el derecho italiano y los artículos 174 bis c) CP y 6 del Proyecto antiterrorista español y valorando más positivamente la técnica de la «deserción silenciosa del terrorismo» —disolución de las organizaciones antes de la identificación de sus afiliados, el apartamiento de la misma y haberse esforzado eficazmente para eludir o atenuar las consecuencias del delito o para impedir la comisión de conexos—, cfr. GARCÍA RIVAS, *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*, en «Poder Judicial», núm. 10, 1984, págs. 107 y ss. y 112.

(15) Como, por ejemplo, la suspensión o cierre de los medios de información que sirven de plataforma a los terroristas o la ilegalización de los grupos, coaliciones o partidos que los apoyan, medidas de las que me declaro partidario, con las debidas garantías legales (cfr. Proyecto Antiterrorista, repetidamente citado, arts. 5 y 21).

(16) Eso dice el art. 339 LOPJ; cfr. GIMBERNAT, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, pág. 28.

Revisión del contenido del bien jurídico honor (*)

Por IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Profesor Titular del Derecho Penal. Universidad de Salamanca

1. El honor es uno de los bienes jurídicos con un contenido más difícil de precisar, tanto por su carácter inmaterial, como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello, los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en las peculiaridades del instrumento de tutela (1).

Una ojeada a las interpretaciones que se han dado sobre el honor, pone de relieve, que la evolución de la ciencia del Derecho penal y del concepto de bien jurídico han tenido siempre una directa repercusión sobre el contenido de las mismas (2). Las denominadas *concepciones fácticas* son en su origen consecuencia directa de la aplicación de la metodología positivista. Según ellas, el honor consiste en la representación que de las diversas cualidades de un individuo efectúa él mismo o los restantes miembros de la comunidad (3). El examen de la realidad permitirá constatar la presencia o no de ese sentimiento de honor o el contenido de la reputación; y sólo esa realidad, sin entrar a examinar su fundamentación, es la que recibe la tutela del Derecho penal.

Frente a esta postura, para las *concepciones normativas*, el honor es una parte de la dignidad de la persona, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes éticos.

(*) Este trabajo, que aparecerá publicado en el Libro Homenaje a la profesora Hilde Kaufmann, ha sido realizado gracias a la generosa ayuda de la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Como pone de relieve HIRSCH, p. 1, al comentar la muy citada frase de MAURACH, «el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de abarcar con los guantes de madera del Derecho Penal».

(2) MUSCO, p. 55 y ss., que recuerda, p. 62, cómo la elaboración por BIRNBAUM del concepto de bien jurídico se hizo precisamente en el marco de un trabajo sobre el honor.

(3) Entre otros defienden esta postura en Alemania: LIEPMANN, p. 228, ENGELHARD, p. 30 y pp. 65 y ss, FRANK, p. 388; recientemente, MAURACH/SCHROEDER, pp. 200-201. En Italia, ANTOLISEI, p. 145. Mayoritaria en España, entre otros, CUELLO CALÓN, p. 680, DÍAZ PALOS, p. 629, CASTÁN VÁZQUEZ, pp. 889-890 y la jurisprudencia sentencias de 16-XI-1979, 6-XII-1979, 3-X-1980, 3-XII-1980, entre otras.

En lugar del honor aparente de las concepciones fácticas, aquí sólo tendrá relevancia jurídica el honor merecido (4). Esta interpretación aparece metodológicamente favorecida por la incorporación de la referencia a valores que efectuó el Neokantismo y por el relanzamiento de la vinculación Derecho-Etica tras la Segunda Guerra Mundial.

La lectura de la abundante literatura que ha originado la determinación del concepto de honor, muestra las insuficiencias de los dos planteamientos expuestos y la preponderancia, en el momento actual, de posturas intermedias que pretenden combinar componentes fácticos y normativos (5). Ante esta situación parece necesario proceder a una revisión de este bien jurídico, sobre la base de reconstruir su contenido en razón de la postura que en general se defiende sobre la función del Derecho penal y el concepto de bien jurídico.

2. En los últimos tiempos se han abierto nuevas perspectivas en la determinación del concepto de bien jurídico, como consecuencia del debate doctrinal, que acompañó a la reforma del Derecho penal alemán (6), y de la vuelta a una consideración material de la Constitución (7).

La discusión del concepto de bien jurídico, debe situarse en el ámbito de lo social, tal como en su día adelantó Von Liszt (8), siempre que se estime que la razón de ser del Derecho penal, no es otra que facilitar la vida en comunidad, mediante la garantía del funcionamiento y evolución de un determinado sistema social (9).

El conocido libro de Amelung (10), que da traslado al campo penal de planteamientos funcionalistas, supone un primer paso para la reelaboración del concepto de bien jurídico. El establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efectúa, según este autor, en razón de su disfunciona-

(4) Propugnan la concepción normativa, entre otros, BINDING, 1902, pp. 135 y ss; HIRSCH, pp. 29 y ss.; WELZEL, pp. 304-305; TENCKHOFF, pp. 82 y ss. En nuestra doctrina recogen su influencia RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 224-225; BAJO, p. 125.

(5) Ya se acusa esta combinación en alguno de los modernos defensores de la concepción normativa, pero puede verse con claridad, entre otros, en LENCKNER, c. previo parág. 185, n. 1 y ss.; RUDOLPHI, 1981, c. previo parág. 185, n. s y ss., y en nuestra doctrina, ALONSO ALAMO, p. 142.

(6) En particular, por la búsqueda de un criterio que permitiera excluir la tutela penal de comportamientos meramente inmorales o de escasa trascendencia social. En este marco hay que situar los intentos de JAGER o ROXIN. Sobre ellos, cfr. AMELUNG, pp. 300 y ss, y en nuestra doctrina, MIR, 1976, pp. 133 y ss.

(7) Sobre la evolución del concepto de Constitución, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 41 y ss.

(8) Cfr. VON LISZT, pp. 133 a 156. Sobre el concepto de bien jurídico en VON LISZT, véase HASSEMER, 1973, pp. 37 a 41.

(9) Sintéticamente ya tuve ocasión de exponer cuál era mi postura en torno al concepto de bien jurídico. Cfr. BERDUGO, pp. 68 y ss.

(10) Aunque concluya su monografía prescindiendo del concepto de bien jurídico.

lidad para con la totalidad del sistema. Pero la permanencia en este escalón implica adoptar una postura políticamente «neutra» (11), en cuanto la afirmación de la disfuncionalidad de una conducta no conlleva el pronunciarse sobre la naturaleza del sistema del que es disfuncional. Es decir, con esta postura no existe ningún instrumento conceptual que garantice la orientación de un sistema social hacia el individuo. Tal objeción es decisiva si se tiene en cuenta, como afirma Mir (12), «que si el Derecho ha de proteger los intereses sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del individuo», máxime en el marco de un Estado social y democrático de derecho, que, según el artículo 10.1 de nuestra Constitución, adopta «la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes», como fundamento del orden político y de la paz social.

Para salvar esta insuficiencia, el catedrático de Barcelona, siguiendo a Callies (13), aborda la formulación de un concepto de bien jurídico en el terreno de lo social. Así entiende, que a la afirmación del carácter de condición necesaria, según la observación empírica, para un correcto funcionamiento del sistema social, hay que añadir, que tal condición se traduzca en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. La concurrencia de estos dos requisitos determina la existencia de un bien jurídico.

En esta misma dirección, la toma en consideración de la Constitución permite concretar en mayor medida el concepto de bien jurídico (14). Pues precisamente, la significación primaria de la Constitución es coincidente con el sentido personalista de la construcción de Mir. La Constitución, recuerda García de Enterría (15), «no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido». Supuestos y contenido, que no son sino la plasmación del carácter instrumental del Estado para la realización del individuo.

Luego, la existencia de una Constitución posibilita dar un paso más en la concreción del contenido del concepto de bien jurídico. Pues, en esta línea de razonamiento, parece lógico exigir la vinculación del resultado de la observación empírica al con-

(11) Así, MIR, 1976, p. 138. En sentido análogo, entre otros, BUSTOS, p. 123, y en particular la recensión que del libro de AMELUNG efectúa HASSEMER, 1975, pp. 148 a 164.

(12) MIR, 1976, p. 138.

(13) CALLIES, pp. 122 y ss. MIR, 1976, pp. 135 a 140.

(14) En esta línea de utilización de la Constitución para precisar el concepto de bien jurídico véanse los trabajos de RUDOLPHI, 1970, pp. 158 y ss., y BRICOLA, en especial pp. 15 y ss. Recientemente, GONZÁLEZ RUS, efectúa una síntesis de las orientaciones en torno al bien jurídico que parten de la Constitución.

(15) GARCÍA ENTERRÍA, p. 41. Cfr. sobre este punto la totalidad del epígrafe «La significación de la Constitución», pp. 41-48.

tenido material del texto fundamental, en cuanto éste constituye la plasmación de la participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

Pero el sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira a llegar, que, tal como se deduce del texto del artículo 9.2 de la Constitución, no coincide con el sistema social realmente vivido. Este carácter dinámico, que ha de poseer nuestro sistema social, y que por exigencias del principio democrático debe ser plural, puede tener consecuencias sobre el contenido de los distintos bienes jurídicos. Ya que los mismos, al igual que el sistema social, no poseerán un carácter estático, sino que deberán evolucionar hacia las metas constitucionalmente señaladas. Más aún, el desarrollo del contenido de los distintos bienes jurídicos constituye un factor que facilita el cambio social constitucionalmente exigido. El principio democrático se traducirá en la existencia de condiciones formales, que posibiliten que el contenido de los diversos bienes jurídicos refleje los intereses de los distintos grupos sociales (16).

En consecuencia, a la afirmación de que un interés es empíricamente necesario para el mantenimiento del sistema, ha de aplicársele el criterio correctivo de si es necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Constitución. Pues es el sistema que en ella se delimita y no el que hoy vivimos, el que corresponde a un Estado social y democrático de derecho. Como gráficamente afirma Häberle (17), la Constitución no es sólo un espejo de la realidad, sino un foco de luz al que ésta tiende.

3. En todo lo que acaba de exponerse está implícito el valor directamente normativo del texto fundamental, afirmado en el artículo 9.1 del mismo (18). Este rasgo, consustancial al concepto de Constitución, descarta de raíz la comprensión de ésta como mero mandato al legislador, y, asimismo, es rico en consecuencias sobre el tema que nos ocupa. En concreto, el valor directamente normativo del texto fundamental, conlleva que el concepto de bien jurídico esbozado no sólo sirve para concretar su papel de límite al poder punitivo del Estado, sino que las instancias encargadas de la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, incluso de aquel que es cronológicamente anterior al texto fundamental, deben tener en cuenta las exigencias constitucionales. Es decir, el contenido que las distintas instancias de interpretación confieran a los bienes jurídicos tutelados ha de ser siempre conforme con los principios del texto constitucional (19).

(16) Esta idea ha sido ampliamente desarrollada por HÄBERLE, en particular cfr. pp. 45 y ss., pp. 79 y ss y pp. 163 y ss.

(17) HÄBERLE, p. 87.

(18) El artículo 9.1 establece: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Sobre las consecuencias de este precepto, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 63 y ss.

(19) La necesidad de realizar siempre una interpretación conforme con la Constitución ha sido reconocida con rotundidad por nuestro Tribunal

Entre éstos tendrán particular trascendencia en relación con el honor:

— El principio de igualdad, artículo 1.1 de la Constitución. Por él, a diferencia de otros momentos históricos, el honor deberá ser detentado por todos los miembros de la comunidad. Su vigencia dificultará, sin duda, la defensa de una concepción fáctica del honor (20).

— El pluralismo, artículo 1.1 de la Constitución. Del que, por ejemplo, se deduce que el ordenamiento jurídico no pueda reflejar la tutela de un determinado orden ético. Su traslado al ámbito del honor impedirá la defensa de una concepción del mismo (21).

En otro sentido, la profundización en el ya apuntado carácter personalista del sistema social y en particular en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, constituye una vía que puede ofrecer resultados para una reelaboración del bien jurídico honor que esté directamente conectada con las exigencias constitucionales.

4. No existe obstáculo para aceptar que el honor es en nuestra sociedad una realidad empírica, que los distintos miembros de la comunidad valoran las cualidades y los comportamientos de sus conciudadanos. Esta afirmación no implica la atribución de corporeidad, sino simplemente la posibilidad de su constatación como realidad social (22). Asimismo, la Constitución lo recoge de forma expresa, artículo 18.1, como una de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. Un problema distinto, en el que ahora no se va a entrar, es determinar su importancia comparativa respecto a otras condiciones (23).

Aceptado este punto de partida, el problema a dilucidar es el contenido que debe tener el honor jurídicamente protegido. Lo que, de acuerdo con el criterio expuesto, requiere la puesta en relación de esa realidad con el sistema social constitucionalmente consagrado. De forma reiterada se ha apuntado el carácter personalista del sistema, exteriorizado en la admisión como su fundamento, de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la dignidad de la persona es un valor social, que no debe entenderse ahistóricamente, sino que su contenido es fruto

Constitucional, cfr. sentencia núm. 19-1982, de 5 de mayo, fundamento 7. R. A. 40, en «Boletín Jurisprudencia Constitucional», n. 13 de 1982, p. 349.

(20) Una crítica muy minuciosa de la concepción fáctica puede verse en HIRSCH, pp. 14 y ss. Cfr. asimismo MUSCO, pp. 10 y ss.

(21) Sobre la vinculación entre concepción normativa y defensa de un determinado orden ético hace particular hincapié OTTO, 1977, p. 115 y MUSCO, p. 149.

(22) En este sentido, por ejemplo, MIR, 1981, pp. 369-370.

(23) El problema es de política legislativa y su solución determinará: la intensidad de la tutela dispensada y la utilización del Derecho Penal o de otros medios. Sobre estos problemas generales y en especial sobre el principio de nacionalidad, cfr. NOLL, pp. 63 y ss, 107 y ss y 146 y ss.

de una lenta evolución de los sistemas sociales (24). Por ella se reconoce al hombre como titular de los diversos derechos fundamentales, lo que implica la afirmación a nivel de igualdad, de un valor de autonomía frente a la sociedad y frente a los restantes miembros de la comunidad.

El libre desarrollo de la personalidad es una emanación de la dignidad de la persona (25), por él el individuo puede desarrollar estos valores en la comunidad. Añade, por tanto, un componente dinámico a la dignidad.

Una elemental reflexión sobre las relaciones sociales lleva a sostener, que un sistema que repose sobre estas bases requiere, como condición previa de su evolución, que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sean reconocidos tanto por el Estado como por los restantes integrantes de la comunidad. La vida social parte de la existencia de unas relaciones mutuas de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, a través de ellas se condiciona la vida en comunidad y la propia colocación del hombre dentro de un determinado grupo social (26). El reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad son por tanto presupuestos de la participación en un sistema social.

Estas relaciones de reconocimiento funcionalmente contempladas constituyen el contenido del bien jurídico honor (27).

Por otro lado, las relaciones de reconocimiento generan unas concretas expectativas objetivas de reconocimiento para cada miembro de la comunidad. La actuación contraria a dichas expectativas constituye la lesión del honor.

La profundización en esta dirección permite una comprensión global de toda la problemática del honor. En primer término, la vinculación de las relaciones sociales de reconocimiento a la dig-

(24) Sobre la aparición del concepto de dignidad, su contenido histórico y su vinculación a los Derechos fundamentales, PECES BARBA, en especial pp. 28 y ss. Analiza la evolución del honor vinculándola a las variaciones en la consideración del hombre en los distintos momentos históricos, E. WOLF, pp. 893 y ss.

(25) Sobre el libre desarrollo de la personalidad y su vinculación a la dignidad de la persona, cfr. MAUNZ-DÜRING-HERZOG, c. art. 2, n. 1 y ss., afirma «en el sistema de valores de la Constitución el contenido material de la dignidad de la persona consiste ante todo en el libre desarrollo de la personalidad».

(26) Subrayado por OTTO, 1973, pp. 74 y 75.

(27) Este planteamiento tiene su origen en E. WOLFF, pp. 899 y ss. Con diversas matizaciones siguen esta dirección OTTO, 1973, en especial pp. 74 y ss., ENGISCH, pp. 416-417. RUDOLPHI, 1981 c. previo parág. 185, n. 1 y ss. MUSCO, pp. 143 y ss. SCHMID, pp. 38 y ss. Este último autor intenta formular un concepto de honor conforme a la Constitución. Distingue para ello un honor de la persona, vinculado a la dignidad de la persona, y un honor social, vinculado al desarrollo de la personalidad. La orientación metodológica coincide con la que se sigue en el texto y tiene estrechas relaciones con la de los autores mencionados, pero acusa el defecto de no subrayar la relación dignidad de la persona-libre desarrollo de la personalidad. Una crítica en este sentido puede verse en MUSCO, pp. 141 y ss.

nidad como persona explica sin dificultad, que el honor sea un derecho que, al igual que la dignidad, debe ser apreciado en la totalidad de los miembros de la comunidad, con independencia de sus condiciones personales y de su comportamiento social (28).

Pero, como sostiene Otto (29), el ordenamiento jurídico no puede contentarse con la protección de las expectativas emanadas del reconocimiento social del hecho de ser persona; ya que con ello no se estaría alcanzando la tutela de las posibilidades de realización que se abren con este primer paso. En concreto, la participación del hombre en la vida comunitaria y el cómo de esa participación incidirá en la extensión de sus expectativas de reconocimiento. En este sentido, puede actualizarse la frase de Binding (30): «el honor del hombre es una obra realizada por sus propias manos, no es un bien innato, sino totalmente adquirido».

Este aspecto del honor requiere una serie de precisiones. Mientras el contenido de la dignidad es estático en cada momento histórico, el del libre desarrollo de la personalidad es variable y está constitucionalmente enmarcado. De donde, el contenido de las relaciones de reconocimiento, que emanan del libre desarrollo de la personalidad, serán distintas en función de los ámbitos de participación social que comprendan y de su adecuación al marco de lo socialmente esperado constitucionalmente descrito.

En este caso, el respeto al principio constitucional de igualdad radica en el establecimiento de las condiciones materiales que permitan a todos los miembros de la comunidad un igual desarrollo de la personalidad y, por tanto, la consecución de unas iguales expectativas de reconocimiento. Así como, en la presunción de que la actuación de cada individuo en el ámbito de la vida social de que se trate se adecúa a lo socialmente esperado.

El honor, por tanto, se refiere a los distintos ámbitos de participación del individuo en la vida comunitaria, que determinan su concreta situación dentro de la comunidad. Desde esta perspectiva parece que sólo las relaciones de reconocimiento fundadas deben ser objeto de tutela jurídica (31). Pero con ello surge un nuevo problema, precisar cuál es el criterio que permite afirmar el carácter fundado o no de una relación de reconocimiento. Su solución pasa por tener presente que en esta dimensión del honor influye de forma decisiva la acción de los diversos sistemas de control social que existen en la comunidad. Pues la realidad demuestra que la posición de una persona dentro de la sociedad está determinada por la adecuación de su conducta a los comportamientos esperados por el resto de los miembros de la comunidad.

(28) Lo que no supone negar la posibilidad de que la eventual incidencia sobre el honor dependa de las circunstancias de cada caso concreto, al ser la dignidad una realidad histórica-social. Con amplitud en relación a la dignidad, VON MÜNCH, c. art. 1, n. 12.

(29) OTTO, 1973, p. 75.

(30) BINDING, 1892, p. 13.

(31) OTTO, 1973, p. 82.

El contenido de las distintas formas de control social y la actuación de las distintas instancias constituye una realidad cambiante en función: del momento histórico, de las características de un determinado grupo social o del propio proceso de control. Así, mientras en unos casos sólo el examen de la realidad social permitirá afirmar cuáles son los comportamientos esperados, en otros, existe una formalización de cuáles son las conductas cuya realización se espera, o cuya realización se pretende que no se produzca (piénsese en el ordenamiento jurídico punitivo o en las ordenaciones de determinadas profesiones).

Luego, en principio, en este aspecto variable del honor van a influir los valores cambiantes que tengan vigencia dentro de una comunidad. Más aún, la vinculación a los procesos de control social determina que su contenido sea el resultado de una suma de componentes fácticos y valorativos. Todo ello explica, por un lado, que la expectativa de reconocimiento de cada individuo tenga un componente variable en función de la extensión y el cómo de su participación en el sistema, y por otro, que un mismo comportamiento tenga consecuencias diversas según la comunidad de que se trate

Pero estas consideraciones no son suficientes, con ellas no se estaría sino actualizando una concepción fáctica del honor, con lo que se reproducirían muchas de las viejas objeciones a estas posturas. Por ejemplo, que la valoración de un comportamiento puede estar influenciada por motivaciones irracionales (32) o que un mismo hecho puede ser objeto de valoraciones opuestas en el seno de una misma comunidad.

En estos casos debe actuar como correctivo, de cara a su relevancia jurídico-penal, la escala de valores que aparece recogida en nuestra Constitución. En cuanto ella enmarca el modelo social en el que tiene que situarse el libre desarrollo de la personalidad, de la que esta dimensión del honor constituye una emanación.

Así, por principio, la realización de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico tendrá siempre una incidencia negativa sobre el honor (33). De donde, en ningún caso, podrá afirmarse que de un hecho delictivo se deriva un aumento de las expectativas de reconocimiento de su autor, con independencia de la valoración que dicho comportamiento merezca en determinados sectores sociales. Al contrario, a efectos de su tutela jurídica, el contenido de las relaciones de reconocimiento habrá variado y esas expectativas habrán sufrido una disminución (34).

Por otro lado, el carácter pluralista del sistema social exige que el libre desarrollo de la personalidad no se efectúe en una única dirección. Luego valoraciones irracionales o fundadas en una perspectiva ética unilateral deben quedar, en principio, dentro

(32) ARZT-WEBER, 1981, p. 156.

(33) Cfr. más adelante 5.1.

(34) Lo que se vincula al carácter cambiante de la posición del individuo dentro de la comunidad. Subrayado por OTTO, 1973, p. 75.

de los comportamientos que el legislador quiere evitar mediante la tutela del ordenamiento jurídico, en cuanto pueden incidir negativamente sobre las expectativas de reconocimiento, que emanan de la opción que esta persona ha escogido para el libre desarrollo de su personalidad. Formulados positivamente, deben garantizarse jurídicamente las relaciones de reconocimiento derivadas del libre desarrollo de la personalidad dentro del marco constitucional, aunque las mismas respondan a planteamientos minoritarios (35).

En síntesis, el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. El honor, en cuanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social. Esta última dimensión estará directamente condicionada por la actuación y contenido de los diversos procesos de control social, y con la intervención, en último término, como criterio corrector de los principios constitucionales.

5. Un segundo escalón consiste en comprobar si los tipos del vigente Código penal son susceptibles de una interpretación que se acomode al contenido propuesto del bien jurídico honor. En caso negativo, habría que plantearse si estamos ante un caso de posible inconstitucionalidad.

Bajo el epígrafe «De los delitos contra el honor» el Título X del Libro II recoge dos delitos: la calumnia y las injurias.

5.1. Mientras existe acuerdo unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado en las injurias, no puede decirse lo mismo en relación a la calumnia. Un sector doctrinal (36) subraya la incidencia de este delito sobre la Administración de Justicia, postura que aparece dificultada por la existencia del delito de acusación y denuncia falsa (art. 325) (37).

En mi opinión, la diferencia entre calumnia y acusación y denuncia falsa se produce ya a nivel de bien jurídico tutelado. Mientras que en la calumnia se protege únicamente el honor, en la acusación y denuncia falsa el bien jurídico es doble: el funcionamiento de la Administración de Justicia y el honor personal (38).

Sáinz Cantero, uno de los defensores de la consideración de la calumnia como delito contra la Administración de Justicia, aduce

(35) Por ejemplo, las valoraciones despectivas sobre una madre soltera quedarían dentro de los comportamientos que quieren ser evitados por los delitos contra el honor. Pese a que el comportamiento de ésta no se haya adecuado a lo esperado por el orden ético mayoritario.

(36) SAINZ CANTERO, p. 86. También MUÑOZ CONDE, 1983, p. 103, se inclina por esta postura.

(37) El mismo MUÑOZ CONDE, 1983, p. 103, es consciente de esta dificultad.

(38) Subrayan el carácter pluriofensivo de este delito, entre otros, QUINERO OLIVARES, pp. 821-822; CÓRDOBA, p. 1087.

que en ella se tutela el honor legal (39), en el sentido de que, a diferencia de las injurias, donde siempre se deberá efectuar una valoración sobre la posible incidencia o no de la conducta de que se trate sobre el honor, en la calumnia siempre se presume la incidencia de la falsa imputación de un delito perseguible de oficio. Presunción, añade, que puede no coincidir con lo que socialmente se estima como negativo para este bien jurídico.

Una reflexión sobre la naturaleza que en general poseen los comportamientos tipificados como delictivos, permite encontrar una respuesta satisfactoria a esta objeción. En principio, los hechos calificados como delictivos deben consistir, en la legislación de un Estado social y democrático de derecho, precisamente en la no realización de conductas realmente esperadas por la comunidad. En consecuencia, la persona que bajo estos presupuestos lleva a cabo un hecho delictivo deberá ver siempre disminuidas las expectativas de reconocimiento derivadas de su participación en el sistema social.

Pero el examen de la realidad social y su puesta en relación con las conductas penalmente relevantes, parece abonar la postura contraria, pues muestra que a veces las valoraciones del legislador, concretadas en los tipos penales, y las de la totalidad de los miembros de una comunidad o de sectores de la misma no coinciden. Situación que, por otra parte, es relativamente frecuente en momentos históricos de profundos cambios político-sociales. Las razones de esta falta de coincidencia son susceptibles de una valoración político-criminal. Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de todas las posibles situaciones a las que nos llevaría el examen de la realidad social, pueden considerarse varios grupos extremos de no coincidencia.

En primer lugar, aquellos casos que constituyen una perversión del concepto de bien jurídico, en cuanto a través de los tipos en cuestión se tutelan, exclusivamente, intereses de un grupo o clase determinados. Lo que a medio plazo, traería consigo graves problemas de disfuncionalidad dentro del sistema social (40). La solución a los supuestos de este primer grupo es clara: debe desaparecer la consideración de los mismos como delictivos.

En segundo lugar, la no coincidencia puede deberse a que se trate de bienes jurídicos, que en razón de la función promocional que debe desarrollar el Derecho penal (41), están aún en fase de interiorización por parte de los miembros de la comunidad, pero que en absoluto suponen una oposición al conjunto de valores que determinan sus comportamientos. Esta situación merece una valoración positiva desde una perspectiva político-criminal,

(39) SAINZ CANTERO, p. 85.

(40) Ampliamente estudiado por MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 52 y ss. El mismo, 1978, pp. 32 y ss.

(41) Acerca de la función promocional que, en mi opinión, se deriva del artículo 9.2 de la Constitución, puede verse en MANTOVANI, pp. 22-23.

en cuanto supone la constatación de que el Derecho penal está contribuyendo a la evolución del sistema social.

Finalmente, la falta de relevancia de determinados comportamientos de cara a las valoraciones, que socialmente configuran el honor de una persona, puede estar vinculada a la escasa trascendencia de la conducta tipificada. Este es el caso de determinados comportamientos imprudentes o de la mayor parte de las faltas. La consecuencia debería ser su no relevancia penal en función del principio de «ultima ratio» (42).

Luego el problema que plantea Sáinz Cantero es un problema de política legislativa, vinculado a la validez o no de un ordenamiento jurídico-penal. Pero, en el momento actual, no puede servir de argumento para negar que, por definición, en el marco del ordenamiento jurídico que corresponde a un Estado social y democrático de derecho, la imputación de conductas delictivas constituye los más graves ataques al honor, y que en consecuencia debe de tener una incidencia negativa sobre las posibilidades de participación de ese individuo en el sistema social.

5.2. En cuanto al delito de injurias, el tipo básico, artículo 457, se refiere a que la expresión proferida o la acción ejecutada debe serlo en «deshonra, descrédito o menosprecio» de otra persona.

En relación a la deshonra, que desde una perspectiva fáctica suele vincularse al honor subjetivo, no existen dificultades semánticas para entender que, aunque gramaticalmente sea susceptible de una interpretación más amplia, se refiere a la incidencia negativa sobre el honor, en cuanto emanación de la persona humana.

Respecto a los otros dos términos, «descrédito» y «menosprecio», puede defenderse que hacen referencia a las expectativas de reconocimiento de las relaciones de participación del individuo en el sistema social. Con ello se enlaza con la interpretación tradicional de estos vocablos (44).

Los diversos tipos del artículo 458, injurias graves, también tienen que ser analizados desde esta perspectiva constitucional.

El número 1, «la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio», puede ser materialmente considerado de forma paralela al delito de calumnia. El que se trate de una imputación de un comportamiento delictivo justifica, por razones que antes se expusieron, su inclusión dentro de las injurias graves.

(42) Téngase en cuenta, que a la hora de plantearse la criminalización de un comportamiento, la interrogante a dilucidar consiste en valorar hasta qué punto su calificación como delito contribuye de hecho al mantenimiento y evolución de un orden social dado. Cfr. STRATENWERTH, p. 37.

(43) La jurisprudencia refiere normalmente la deshonra «al honor subjetivo o sentimiento de la propia estimación», por todas, Sts. 3-10-1980, 16-11-1979.

(44) El Tribunal Supremo vincula normalmente el significado de «descrédito» y «menosprecio» al denominado honor objetivo, a la valoración de los restantes miembros de la comunidad hacen de la actuación de un sujeto. Cfr., entre otras, las ya citadas Sts. de 6-12-1979, 3-10-1980 y 3-12-1980.

La interpretación del número 2, «la de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agravado», tiene que ser revisada sobre la base de tener presente las exigencias constitucionales. En especial dando entrada a los diversos órdenes éticos que concurren en una sociedad pluralista, lo que conllevará una mayor amplitud en las posibilidades de concreción de la tutela penal.

Desde la perspectiva del concepto del bien jurídico formulado, tampoco presenta dificultades el número 3, «las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueran contenidas en el concepto público por afrentosas». En él no se hace sino subrayar el carácter eminentemente circunstancial de este delito y su vinculación a los procesos de control social.

Mayores problemas presenta, desde este planteamiento, como ya ha puesto de relieve Alonso Alamo (45), la interpretación del último número del artículo 458, que establece la posibilidad de que las injurias sean consideradas graves, «atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor», al dar entrada a situaciones que estarían en contradicción con el principio constitucional de igualdad, en cuanto parecen contemplar la posibilidad de que, en función de circunstancias o relaciones personales, existan miembros de la comunidad que posean más honor que otros, independientemente de su nivel de participación social.

El rechazo de esta interpretación y el circunscribir el contenido del tipo a las circunstancias que concurren en el hecho, le convierten en superfluo, en cuanto serían supuestos que quedarían comprendidos dentro del número anterior (46).

5-3. Las mayores dificultades para el planteamiento expuesto se presentan al considerar los estrechos márgenes que se concede a la «exceptio veritatis» en nuestro código, que parecen invitar a seguir una concepción fáctica (tutela de honor aparente) (47). Pero si se tienen presentes las relaciones del honor con otros bienes jurídicos y se lleva a cabo una interpretación de las eximentes, en particular de la número 11 del artículo 8, conforme con la Constitución, se pueden salvar estos aparentes inconvenientes.

En el alcance de la tutela que se da al honor y más en concreto en el ámbito de la «exceptio veritatis» convergen otros bienes jurídicos, cuanto más reducido sea el ámbito de la prueba de la verdad, indirectamente mayor será la protección que se dispense a la intimidad de la persona. Pero, en sentido opuesto incidirá de forma negativa sobre el ámbito de la libertad de expresión. Las consecuencias de una admisión generalizada de la prueba de la verdad serán, obviamente, las contrarias, escasa protección de la intimidad y gran amplitud de la libertad de expresión (48). Esta situa-

(45) ALONSO ALAMO, p. 143.

(46) QUINTERO, p. 1196.

(47) Cfr., en este sentido, ALONSO ALAMO, p. 139.

(48) Véase ARZT, 1970, p. 144, con ejemplos extraídos de la jurisprudencia alemana.

ción hace que en derecho comparado se tienda a buscar soluciones a nivel legislativo y jurisprudencial, que permitan un equilibrio entre los bienes jurídicos apuntados: honor, intimidad y libertad de expresión.

Con independencia de un estudio de mayor amplitud y profundidad se puede interpretar nuestro código en el sentido de lograr este objetivo. Así, el ámbito reducido que en principio se concede a la prueba de la verdad se explica por la necesidad de tutelar la intimidad personal. Los casos en que dentro de los delitos contra el honor se da relevancia a la «exceptio veritatis», son supuestos en que por su contenido existe un interés general, que «iuris et de iure» justifica la lesión de los bienes de la personalidad (49). Finalmente, la vía del número 11 del artículo 8 puede ser utilizada para dar entrada a aquellos supuestos, en que a través de la ponderación de los intereses en conflicto (en función del tema, circunstancias personales de los intervinientes, etc.) pueda afirmarse la preponderancia del ejercicio de la libertad de expresión sobre el honor y la intimidad (50).

(49) La justificación en base a la presencia de un interés preponderante es admitida por la doctrina de forma unánime en relación con la prueba de la verdad en la calumnia (art. 456) y en el caso de injurias contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (art. 461). Por el contrario, la prueba de la verdad en el caso de la imputación de delito perseguible a instancia de parte (art. 461) es considerada como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, por no ser exigible otra conducta. Así, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 238-239, y MUÑOZ CONDE, 1983, p. 102.

Desde la perspectiva de un Derecho Penal preventivo también este último caso debe ser considerado como un supuesto de justificación. Pues no se trata de que un comportamiento concreto deje de ser penalmente relevante tras la constatación de la alteración sufrida por el sujeto en su capacidad normal de motivación, sino, tal como afirma MIR, 1982, pp. 85-86, «de que toda acción que realiza el tipo abstractamente descrito» deja de estar prohibida de forma general. No es que no se «pueda» llevar a cabo la motivación por las particulares condiciones que concurren en el sujeto, sino que no se «quiere» ponerla en marcha. A todo ello únase la no satisfactoria conclusión a la que debe llegarse en el caso de que se estime que estamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad y no de la antijuricidad. Pues, lógicamente, ante la imputación de un delito perseguible a instancia de parte, que aunque cierta sería ilegítima, el autor del mismo podría reaccionar mediante legítima defensa contra la que ya una vez fue su víctima.

(50) La utilización de la vía de las eximentes del artículo 8 para dar cabida a supuestos de ejercicio de la libertad de expresión ha sido apuntada en nuestra doctrina por MUÑOZ CONDE, 1983, pp. 99 y 100, y COBO-VIVES, p. 36.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALONSO ALAMO: *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1983.
- AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale, P. Speciale*, I, 7 ed., Milano, 1977.
- ARZT: *Der Strafrechtlicher Schutz der Intimsphäre*, Tübingen, 1970.
- ARZT-WEBER: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2 ed., Bielefeld, 1981.
- BAJO: *Protección al honor y a la intimidad*, en Derecho Penal y Constitucional, Madrid, 1982.
- BERDUGO: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.
- BINDING: *Die Ehre in Rechtssine und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892.
- BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I, 2 ed., Leipzig, 1902.
- BRICOLA: *Teoria Generale del Reato*, en Novissimo Digesto, T. XIX, Torino, 1974.
- BUSTOS: *Política criminal e injusto*, en «Revue internationale de Droit Penal»; 1978.
- CALLIES: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.
- CASTÁN VÁZQUEZ: *La protección del honor en el Derecho español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1957.
- COBO-VIVES: *Derecho penal. Parte General*, III, Valencia, 1982.
- CÓRDOBA: *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978.
- CUELLO CALÓN: *Derecho Penal. P. Especial*, 14 ed., Barcelona, 1980.
- DÍAZ PALOS: voz *Injurias* en «Enciclopedia Jurídica Seix», 1965.
- ENGELHARD: *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, Mannheim, 1921.
- ENGISCH: *Bemerkungen über Normaticität im Ehrbegriff*, en Lange Festschrift, Berlín, 1976.
- FRANK: *Das Stafrgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15 ed., Tübingen, 1924.
- GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2 ed., Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ RUS: *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983.
- HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt, 1980.
- HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973.
- HASSEMER: ZSTW (87), 1975.
- HIRSCH: *Ehre und Beleidigung. Grundfrage des strafrechtlichen Ehrenschutzes*, Karlsruhe, 1967.
- LENCKNER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 21 ed., München, 1982.
- LIEPMANN: *Die Beleidigung*, en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, B. Teil, IV, Berlín, 1906.
- VON LISZT: *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und im der Encyclopedie der Rechtswissenschaft*, en ZSTW (8), 1888.
- MANTOVANI: *Diritto Penale, P. Generale*, Padova, 1979.
- MAUNZ-DÜRING-HERZOG: *Grundgesetz. Kommentar*, München.
- MAURACH/SCH OEDER: *Strafrecht*, B. Teil, 6 ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

- MIR: *Adiciones a Jescheck: Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- MIR: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- MIR: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2 ed., Barcelona, 1982.
- VON MÜNCH: *Grundgesetz. Kommentar*, 2 ed., München, 1981.
- MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. P. Especial*, 5 ed., Sevilla, 1983.
- MUÑOZ CONDE: *Función motivadora de la norma y marginalización*, en «Doctrina penal», 1978.
- MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975.
- MUSCO: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- NOLL: *Gesetzgebungslehre*, Frankfurt, 1973.
- OTTO: *Grundkurs. Strafrecht. Die einzelne Delikte*, Berlín, 1977.
- OTTO: *Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre*, en Schwinge Festchrift, Köln, 1973.
- PECES BARBA: *Derechos Fundamentales*, 3 ed., Madrid, 1980.
- QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, T. 1-2, 2.ª ed., puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES: *Notas sobre la acusación falsa*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1976.
- RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español, P. Especial*, 8 ed., Madrid, 1980.
- RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, 2 ed., Frankfurt, 1981.
- RUDOLPHI: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en Honig Festchrift, Göttingen, 1970.
- SAINZ CANTERO: *El contenido sustancial del delito de injurias*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales», 1957.
- SCHMID: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschatz*, Tübingen, 1972.
- STRATENWERTH: *Strafrecht, A. Teil*, 3 ed., KÖLN, 1981.
- TENCKHOFF: *Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstabestände*, Berlín, 1974.
- WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlín, 1969.
- E. WOLFF: *Ehre und Beleidigung*, en ZSTW (81), 1969.

La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo

Por JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR
Universidad de Granada

I. El modelo del delito culposo no difiere sustancialmente del correspondiente al delito doloso, pues, tal como afirma la doctrina dominante, ambos constituyen acciones típicamente antijurídicas y culpables. No obstante, debe aclararse, en primer término, que el sistema dogmático del delito culposo es independiente del sistema de «*numerus clausus*» o «*numerus apertus*» que se siga para su punición ya que, en definitiva, se siga uno u otro sistema, actuará culposamente el que omite la diligencia debida (1); y debe precisarse también, en segundo término, que aunque existe acuerdo sobre el concepto mismo del delito imprudente, sobre lo que no hay acuerdo es en cuanto al sistema dogmático para su desarrollo.

A) La doctrina tradicional —que, en lo que se refiere a la construcción dogmática del delito culposo, puede considerarse hoy abandonada en Alemania— partió de una concepción causal del injusto según la cual el resultado causalmente unido a la acción era típicamente antijurídico a no ser que concurriera una causa de justificación; la teoría tradicional consideró a la culpa, por consiguiente, como una forma de culpabilidad que podía afirmarse desde el mismo momento en que el resultado no justificado fuera previsible y evitable (2).

B) La teoría alternativa parte de una concepción personal del injusto, según la cual la adecuación típica en el delito culposo requiere la comprobación de la infracción de un deber de cuidado, lo que permite diferenciar el disvalor de acción (que lo constituye la infracción del deber de cuidado) y el disvalor del resultado

(1) Por todos vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Barcelona, 1981. Vol. II. Págs. 776 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «Derecho Penal español». Parte General. Madrid, 1981. Pág. 457.

(2) Críticamente sobre esta construcción, con amplitud, vid.: TORO LÓPEZ, Angel. «El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1980. Págs. 85 y ss. Recientemente, también, FERRER SAMA, Antonio, «Los grados de la culpabilidad en la legislación española». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1983. En especial, págs. 10, 14 y 27.

(consistente en la lesión del bien jurídico). Esta teoría, en el marco de la culpabilidad, no ofrece diferencias fundamentales respecto de la estructura de la culpabilidad en el delito doloso —salvo que *eventualmente* haya que exigir la infracción de un deber subjetivo (individual) de cuidado (3).

C) La teoría que aquí hemos llamado «alternativa» no deja de ofrecer dudas sobre algunos extremos de su estructura interna. En primer lugar, la posición del resultado en los delitos culposos no es ni mucho menos pacífica. Mientras para algunos autores, arrancando de Welzel, el resultado es una categoría de la punibilidad ajena al tipo de injusto (4), para otro sector doctrinal el resultado es un elemento integrante del tipo de injusto (5). En segundo lugar, es polémica la tendencia del finalismo a considerar al tipo del delito culposo como un tipo abierto (6). En tercer lugar,

(3) En la dogmática alemana, por todos, vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 821 y ss. Con relación a la dogmática española, dónde se incorpora progresivamente el punto de vista dominante en la dogmática alemana, vid. la referencia bibliográfica contenida en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Madrid, 1979. Págs. 126 y 127, nota 39.

(4) Vid.: WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». 2.ª ed. castellana a la traducción de la 11.ª ed. alemana. Santiago de Chile 1976. Págs. 192 y ss. KAUFMANN, Armin, «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Buenos Aires, 1977. En especial, págs. 139 y ss. ZIELINSKI, Diethart, «Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff», Berlín, 1973. HORN, Eckhard, «Konkrete Gefährungsdelikte». Kohn, 1977. BACIGALUPO, Enrique, «Lineamientos de la teoría del delito». Buenos Aires, 1974. Págs. 139 a 141. MIR PUIG, Santiago, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho». Barcelona, 1979. Págs. 48 y ss. La postura se defiende, no obstante, desde un doble punto de vista: para algunos autores, en el delito culposo, en cuanto la voluntad del sujeto no se dirige —a diferencia de lo que ocurre en el delito doloso— a la producción del resultado, éste será algo ajeno al tipo de injusto; otro sector doctrinal va más allá y, apoyándose en las leyes que rigen la motivación por las normas, considera que las normas mandan o prohíben acciones —¡no resultados!—, por lo que la materia de prohibición sólo puede ser una acción y, por consiguiente, el resultado será ajeno al tipo de injusto, tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos.

(5) En este sentido: STRATENWERTH, Günter «Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible». Madrid, 1982. Núms. 1.140 y ss. JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 802 y ss. La doctrina española dominante es de esta opinión. Por todos: NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, «El delito culposo». Salamanca, 1975. Pág. 45, notas 181 y 182. GUALLART Y DE VIALA, Alfonso, «La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho Penal español». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979. Páginas 617 y ss. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «El resultado en la teoría jurídica del delito». En «Temas de Derecho Penal». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1977. Págs. 16 y ss.

(6) En su acepción clásica, tipo cerrado es el que describe con precisión y totalmente la conducta prohibida por la norma —constatándose la antijuridicidad por el procedimiento negativo de comprobar la no concurrencia en el caso concreto de causas de justificación. En esta misma acepción, tipo abierto es aquel en el que la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción exhaustiva (la realización del tipo no podrá indicar la antijuridicidad del comportamiento), de forma que la antijuri-

también se discute hoy que el deber de cuidado tenga dos vertientes que deban ser referidas *necesariamente* a dos elementos distintos del delito culposo: la infracción del deber objetivo de cuidado —que deba referirse al tipo de injusto, y la infracción del deber individual (o subjetivo) de cuidado —que deba referirse a la culpabilidad. Sobre este extremo profundizaremos más adelante. En cuarto lugar, también presenta problemas la introducción de nuevos criterios y principios que permiten una mejor aprehensión del delito imprudente: la conexión de antijuridicidad, el fin o ámbito de protección de la norma, el tema de la imputación objetiva —en definitiva; el principio de confianza, el principio de defensa, el principio de conducción dirigida o seguridad en la conducción, entre otros, sustituyen a los temas de causalidad a los que tradicionalmente acudían la teoría y la práctica para limitar la responsabilidad en la imprudencia dentro del marco de la teoría del injusto causal (7).

D) A pesar de ello, resulta necesario como punto de partida para cualquier análisis del delito culposo, optar por uno de los dos sistemas que han sido expuestos: nuestra opción, en líneas generales, por el sistema que aquí hemos llamado «alternativo», puede fundamentarse en los siguientes argumentos. En primer lugar, el criterio fundamental de la elección viene dado por la mayor economía del segundo paradigma respecto del primero, ya

dicidad debe ser constatada positivamente por el Juez mediante la comprobación de la ausencia de causas de justificación y de la presencia de los llamados «elementos del deber jurídico». Consideraba también WELZEL tipos abiertos a los culposos en base a la afirmación de que el tipo se cumple con la causación del resultado previsto por la ley penal, debiendo el Juez, en el área de la antijuridicidad, investigar negativamente la no concurrencia de causas de justificación y, positivamente, la constatación de la infracción del deber de cuidado (cfr. con más amplitud: ROXIN, Claus, «Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico». Buenos Aires, 1979. Págs. 18 y ss.). Hoy este planteamiento no goza del apoyo de la doctrina dominante —ni fue tan siquiera seguido por WELZEL (ob. cit., página 19, nota 54). Ambos, no obstante, siguen considerando al tipo del delito culposo como un tipo abierto, pero, natural y lógicamente, en una variante de la concepción citada, según la cual estamos ante un tipo abierto cuando la conducta prohibida no está caracterizada de forma exhaustiva en el tipo, lo que obliga —dentro del ámbito de propio tipo— a hacer una investigación complementaria con relación a todo el Ordenamiento Jurídico. El tipo del delito culposo prohíbe solamente *acciones* en cuanto lesionen una norma que imponga un deber de cuidado: pero la definición del elemento «infracción del deber de cuidado —que determina la tipicidad del comportamiento— debe ser hecha por el Juez con pautas que provienen del total ordenamiento jurídico.

(7) Básica la obra de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad». Madrid, 1966. Cfr. también: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Causalidad o imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (Comentario a la Sentencia T. S. 20-5-1981)». Páginas 78 y ss. TORIO LÓPEZ, Angel, «El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo». Cit., pág. 85. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Consideraciones críticas en torno a la Jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico». Revista de Derecho de la Circulación. Julio-agosto 1981. Páginas 341 y ss.

que aquél permite eliminar en la primera fase de aplicación del Derecho (fase de la conminación típica o de descripción de la conducta prohibida por la norma) las conductas que son penalmente irrelevantes (8). En segundo lugar, el paradigma por el que optamos ofrece una serie de dificultades que lo son también en el paradigma que rechazamos: por ejemplo, el tema de los tipos abiertos planteará problemas en la culpabilidad al primer paradigma y en el tipo al segundo paradigma, pero el problema existirá de todos modos ya que allí donde esté como requisito la infracción de un deber de cuidado —que, como veremos, hoy es común a ambos sistemas del hecho punible culposo— éste deberá ser determinado por el Juez en relación a una determinada situación de hecho. En tercer lugar, un último argumento se refiere al valor teórico de la construcción: la segunda teoría facilitará un desarrollo dogmático de la teoría jurídica del hecho punible culposo más en consonancia con la reciente evolución de la teoría del injusto y con aquella teoría de la pena que exige el estado actual de las relaciones entre la dogmática y la política criminal (9).

(8) Entiendo la expresión *paradigma* en el sentido de «realización científica universalmente reconocida que durante cierto tiempo, proporciona modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica». Cfr. KUHN, Thomas S., «La estructura de las revoluciones científicas». Madrid, 1979. Página 13. En este sentido, paradigmas son tanto el sistema causalista como el sistema finalista. Ambos han elaborado instrumentos conceptuales que permiten una aplicación racional y segura del Derecho Penal —y ésta es la función de la dogmática— a los casos que son juzgados en la práctica judicial.

(9) Con carácter general sobre este planteamiento, vid.: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional —*Societas delinquere non potest*». Cuadernos de Política Criminal. Núm. 11. Págs. 67 y ss. Se parte aquí de la tesis según la cual en tanto el concepto de delito marca los límites de lo punible, y qué deba ser o no punible es algo que depende fundamentalmente de la teoría de la pena que se profese, la teoría de la pena condiciona la teoría del delito: *a concepciones distintas de la pena deben corresponder, lógicamente, conceptos distintos del delito*. Vid. MIR PUIG, Santiago, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho». Barcelona, 1979. Págs. 11 y 27 y ss. A este mismo planteamiento hice ya referencia en mi recensión a la obra de Armin KAUFMANN, «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Buenos Aires, 1977, publicada en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1978, páginas 812 y ss. A las conclusiones que en la misma se sostenían —que provienen de un planteamiento más general desarrollado por TOPISCH en la Introducción a la obra de Hans Kelsen, «Aufsätze zur Ideologiekritik», 1946, págs. 26 y ss.— se ha objetado por CUELLO CONTRERAS (recensión a la misma obra de KAUFMANN, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1982, páginas 533 y ss.) que pondrían incorrectamente en relación la teoría de las normas con la teoría de los fines de la pena. La crítica, a mi entender, es falsa en cuanto desconoce un hecho incontrovertible de la historia de la dogmática, como es la relación que existe entre las variaciones de las teorías de los fines de la pena y las teorías de las normas que sirven de base técnica para la construcción de unas teorías jurídicas del delito que, a su vez no son sino el reflejo de unas determinadas teorías de los fines de la pena. Sólo considerando que la teoría de la pena condiciona el concepto mismo del hecho punible (basado en una determinada teoría de la norma) puede entenderse que

II. En cuanto a la estructura del sistema dogmático del delito culposo —entrando así ya en el marco del paradigma elegido— debe hacerse, ante todo, la siguiente precisión: la diferencia fundamental entre el delito doloso y el culposo no está en el concepto de acción —común para ambos— sino en la estructura del tipo penal. El tipo penal del delito doloso exige distinguir entre el tipo objetivo (descripción objetiva de la conducta prohibida por la norma) y el tipo subjetivo (dónde se inserta el dolo que implica saber y querer la vertiente objetiva del tipo). En cualquier caso debe existir coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el resultado prohibido (o la dirección final prohibida). Pues bien, en la medida en que en el delito culposo no hay coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y la dirección final prohibida (o el resultado prohibido), no tiene sentido distinguir entre tipo objetivo y tipo subjetivo (10). Sin embargo, en el área del delito culposo y la adecuación típica con relación al mismo, si alcanza plena relevancia, por el contrario, la distinción entre el disvalor de acción y el disvalor del resultado (11).

mientras MEZGER y Eb. SCHMIDT reformularan la teoría de las normas proponiendo distinguir entre norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación (defendiendo a la vez una concepción fuertemente preventivo-especial de la pena), otros autores (como HANS WELZEL o ARMIN KAUFMANN) partidarios, en el fondo, de una teoría absoluta de la pena, hayan vuelto «mutatis mutandis» a la teoría de los imperativos.

(10) Distinguen, no obstante, entre tipo objetivo y tipo subjetivo en el delito culposo: ZAFFARONI, Eugenio, «Manual de Derecho Penal». Parte General. Buenos Aires, 1977, págs. 368 y ss., quien considera íntegra el tipo subjetivo «la previsibilidad de la producción del resultado»; en contra, con amplitud, entendiendo que dicha previsibilidad (aún en su aspecto subjetivo) supone una relación de *carácter* objetivo referente a las circunstancias del caso, BACIGALUPO, Enrique, «Manual de Derecho Penal». Parte General. Inédita, en prensa. Considerando «núcleo del tipo subjetivo la cognoscibilidad y la previsibilidad *individual*», cfr. MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, «Strafrecht». Allgemeiner Teil. Teilband 2. 5 Auflage. Págs. 93 y ss. La distinción operada por los autores citados tiene, a mi entender, la ventaja de abandonar la concepción *objetiva* de la contrariedad al deber para determinar el marco del injusto típico —de lo prohibido— en el delito culposo; pero, a su vez, podría pensarse que adolece del inconveniente de que, al limitarse el tipo del delito culposo a prohibir la infracción de un deber (objetivo e individual) de cuidado, la distinción entre tipo objetivo (infracción del deber objetivo de cuidado) y tipo subjetivo (falta de la diligencia subjetivamente exigible al sujeto en base a sus conocimientos y capacidades), lleva al ámbito del delito culposo una *distinción acuñada y elaborada en un ámbito distinto* (el del delito doloso), sin que exista *ningún paralelismo* entre ambos terrenos y sin que la distinción tenga la misma *estructura y significación dogmática* en uno y otro caso.

(11) Doctrina dominante. Por todos: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». 2 Auf. 1977. Apéndice al parágrafo 16. En especial, núms. 10 y ss. y 22 y ss. Debe precisarse, no obstante, que la afirmación de RODRÍGUEZ DEVESA «siempre que hay culpa media un error» («Derecho Penal español», cit., pág. 460) ha de matizarse respecto de las hipótesis de culpa en las que no es posible encontrar un error, como es el caso del automovilista que provoca un accidente por haberse dormido y, en

A) En el área del disvalor de acción, y sin que ello suponga prejuzgar ahora sobre el problema de cuál deba ser el papel del resultado en la imprudencia, en opinión de *Stratenwerth* —que sirve para centrar correctamente el tema— la acción típica aparece aquí caracterizada, en primer lugar, porque se lleva a cabo un determinado resultado. Pero este requisito llevaría demasiado lejos si su sola concurrencia justificara la adecuación típica —aunque para la cuestión de la relación de causalidad se siguiera la teoría de la adecuación—. Esto es: el que atraviesa una calle con su automóvil sin disminuir la velocidad en la forma en que ello sería necesario para evitar una colisión en el caso de que alguien no respetara su derecho de prioridad, se arriesga a una colisión, ya que siempre es previsible que alguien no respete nuestro derecho de preferencia. Con este ejemplo se quiere indicar que si en el caso de que se produjera un accidente se pretendiera subsumir a la conducta en el supuesto de hecho típico, se estaría prohibiendo lisa y llanamente el ejercicio del propio derecho de prioridad. Dicho en forma más general: *no toda conducta* que, de acuerdo con la experiencia, es adecuada para la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, *debe ser prohibida* (12).

Pues bien: si la causalidad y la previsibilidad no son suficientes para caracterizar definitivamente a la acción subsumible bajo el supuesto de hecho típico, habrá que indagar en base a una investigación complementaria qué elementos se requieren además de los expuestos. Si el supuesto de hecho no menciona —sin embargo— otros requisitos fuera de la culpa, es en ella donde deberá encontrarse el elemento al que nos referimos. Y, efectivamente, tras una primera etapa en la que, como se ha dicho, la punición del autor culposo dependió sólo de que la acción hubiera determinado la aparición del resultado típico previsible y evitable (13), surgió la infracción del deber de cuidado «como un elemento del delicto culposo del que ya no es posible prescindir en el campo dogmático» (14). «El tipo de injusto del hecho imprudente no resulta, pues, determinado completamente por la causación de un resultado, por ejemplo, la muerte de un hombre. Además de ello, el resultado debe obedecer a una vulneración de aquellas exigencias

general, en todos los casos en que hay un descuido». Cfr. NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, «El delito culposo». Cit., págs. 30 y 31.

(12) Cfr. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núms. 1090 y ss.

(13) Vid. con referencias bibliográficas: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Cit., página 126. TORO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1974. Págs. 25 y ss.

(14) Por todos, en este sentido: TORO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., págs. 54. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «Derecho Penal español». Cit., pág. 457. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Derecho Penal». Cit., págs. 178 y ss. También se encuentran referencias a la infracción del deber de cuidado en las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo (v. gr. Sentencias de 29 de enero y 2 de febrero de 1983).

de cuidado que el orden jurídico dirige en la situación del hecho al sujeto esmerado y prudente que pertenece el ámbito del tráfico propio del autor, y es preciso que dicho resultado fuera así mismo previsible para una persona de tales características. De ahí que el tipo de los delitos imprudentes deba completarse, trascendiendo a su tenor literal, por medio de valoraciones judiciales adicionales. Esto no encierra infracción alguna del mandato de determinación, ya que la concreción de los deberes de diligencia en continua evolución no es pensable más que por la vía de la praxis judicial y el ciudadano puede informarse más fácilmente al respecto mediante su propia percepción que acerca del contenido de las leyes» (15). Por consiguiente, sin infracción del deber de cuidado —lo que supone, en primer lugar, falta de la diligencia objetivamente debida y, en segundo término, falta de la diligencia subjetivamente posible— no puede existir el *delito* culposo. De esta manera comenzó un largo peregrinar de la infracción del deber de cuidado por la sistemática del hecho punible culposo.

Primeramente se estimó que la infracción del deber de cuidado, en abstracto, constituía un problema de culpabilidad. Posteriormente la dogmática entendió que se debía distinguir entre el deber objetivo de cuidado («que hace referencia a la cautela externa que cabe exigir generalmente en el tráfico») para realizar una acción peligrosa y el deber subjetivo de cuidado (aquél que pueda exigirse personalmente al autor en base a sus conocimientos y capacidades) —aunque entre los que así piensan no hay, ni mucho menos, unanimidad de pareceres. Mientras la infracción del deber subjetivo de cuidado suele referirse a la culpabilidad —doctrina dominante en la dogmática alemana— la infracción del deber objetivo de cuidado se refiere, bien al tipo de injusto —también doctrina dominante, bien a la justificación. Y no faltan autores que, admitiendo la división del deber de cuidado en dos planos (uno objetivo y otro subjetivo), afirman que ambos pertenecen a la culpabilidad o, desde otro punto de vista, que ambos pertenecen al tipo de injusto (16).

B) Existe actualmente, pues, una polémica *fundamental* consistente en la determinación —a los efectos del tipo de injusto— de si la caracterización de la contrariedad de la conducta al deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor. El punto de vista dominante —«que no debería haber merecido acuerdo» (17)—

(15) Vid.: JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., páginas 778 y 779.

(16) Amplias referencias bibliográficas sobre este panorama doctrinal pueden encontrarse en: TORÍO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., págs. 30 y ss. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Derecho Penal», cit., págs. 178 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho español». Cit., pág. 126. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., en especial, núm. 1097.

(17) Así, con razón, STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., número 1094.

prefiere, como he dicho, definir la contrariedad de la acción al deber de una forma objetiva. Una acción será contraria al deber desde el momento en que un observador —hombre medio cuidadoso y atento participe en el tráfico social— hubiera podido reconocer la acción como peligrosa para el bien jurídico: la previsibilidad subjetiva es irrelevante en el marco de la adecuación típica y debe tomarse en consideración exclusivamente en el marco de la culpabilidad (18). No obstante, se afirma, si el sujeto tiene «conocimientos especiales, dichos conocimientos deberán ser tenidos en cuenta para el nivel de cuidado exigido en el caso concreto. Pero si el sujeto posee «capacidades» especiales, dichas capacidades no podrán ser tomadas en consideración para la fijación del deber de cuidado en el caso concreto por impedirlo el principio de igualdad ante la ley (19). Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina (20) considera que la contrariedad al deber debe orientarse al conocimiento y capacidades del autor, por lo que una acción será contraria al deber cuando el autor hubiera podido prever la peligrosidad de la conducta con arreglo a sus conocimientos y capacidades. El cirujano excepcional no cumple ante una complicación en el quirófano comportándose como lo haría cualquier cirujano del montón; como el nadador excepcional no cumple ante el salvamento de su esposa nadando como lo haría cualquier veraneante ocasional poco entrenado. No es que el cirujano excepcional o el nadador excepcional estén obligados a realizar un esfuerzo excepcional —se alega en defensa de este punto de vista— el esfuerzo que han de realizar es el normal, pero poniendo en él sus especiales conocimientos y las capacidades de que están dotados (21).

C) Nuevamente aquí resulta necesario optar por una de las dos tesis expuestas. Nuestra opción por la segunda teoría —los límites del injusto típico en el delito culposo los señala la infrac-

(18) Así, JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 811 y ss. WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». Cit., pág. 187. MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal». Trad. y notas de Derecho español, de Juan Córdoba Roda. Barcelona, 1962. Vol. II. Págs. 228 y 229. Respecto de la repercusión de esta construcción en la dogmática española vid.: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Cit., págs. 126 y 127. También con la doctrina dominante: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Introducción al Derecho Penal». Parte General. Barcelona, 1981. Págs. 136 y ss.

(19) Cfr. WELZEL, Hans, «Derecho Penal alemán». Cit., págs. 188 y ss. MAURACH, Reinhart, «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 229 y ss. JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 778 y ss.

(20) Vid. fundamentalmente: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1097. JAKOBS, «Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt». 1972. Páginas 64 y ss. SAMSON, «Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch». Cit., apéndice al parágrafo 16, núms. 13 y ss. MIR PUIG, Santiago. Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., página 791.

(21) Cfr. STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1096.

ción del deber individual de cuidado— podría basarse en las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, la concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso —que, de esta forma, se convertirá en una abstracción de alto grado de difícil utilización en el caso concreto. Veamos dos ejemplos: ¿por qué razón la contrariedad al deber de cuidado de un conductor de cincuenta años, novato y asustadizo (que conduce tomando en cuenta su capacidad), debe confrontarse con la imagen del conductor medio cuidadoso —si, en definitiva, el mandato jurídico-penal sólo puede pretender que se haga lo posible? ¿Por qué y cómo generalizar respecto del hombre medio cuidadoso para juzgar la conducta del investigador nuclear cuando el hombre medio de la calle normalmente no suele manipular ingenios atómicos? (22).

b) En segundo lugar, los argumentos que se alegan en favor de la tesis de la contrariedad objetiva al deber de cuidado tienen el «inconveniente» de que son utilizables también como argumentos a favor de la tesis subjetiva que aquí se mantiene. Veamos también dos ejemplos: en primer término, no sólo a previsibilidad y la evitabilidad general, sino, y ante todo, la individual, debe crear un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado que a menudo resulta acentuada en la Jurisprudencia española y alemana; en segundo término, no sólo la contrariedad al deber generalmente evaluada, sino, y ante todo, la individual, debe impulsar a la práctica a la formulación de concisas reglas de cuidado (23).

c) En tercer lugar, llama la atención que, por un lado, los partidarios de la teoría general de la contrariedad al deber en muchos casos traten de orientar el límite máximo de cuidado exigido a las especiales capacidades del autor (24) y, por otro, se piense que cuando la especial capacidad del autor se concreta en una innovación técnica, ésta debe de constituir el criterio objetivo del cuidado (25). Estas soluciones no son convincentes ya que, primero, no pueden explicar por qué se amplía el cuidado exigido a quien dispone de capacidades especiales superiores al término medio y no se reduce para el que tiene capacidades inferiores al término medio y, segundo, generalizando como se hace a partir

(22) En este sentido: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 10 y ss. del apéndice al parágrafo 16. Cfr. también: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., núms. 1095 y 1101.

(23) Rebatiendo así a JESCHECK, H. H. («Tratado de Derecho Penal». Cit., págs. 778 y ss.) se pronuncia SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 19 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(24) Como lo hacen CRAMER y BLEI —cuya opinión es rebatida por SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 11 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(25) Así: SCHÜNEMANN, «Grund und Grenzer der unrechten Unterlassungsdelikte». 1971. Pgs. 166 y ss.

del autor con capacidades especiales, se perjudica sin explicación alguna al término medio (26).

d) En cuarto lugar, se afirma que la tesis que aquí se mantiene olvida que el correcto sentido de las reglas de cuidado sólo puede ser jurídicamente relevante si es la medida obligatoria del injusto típico y éste viene determinado por la lesión objetiva del deber de cuidado (27). Estamos, según creo, ante un argumento de dudosa fuerza de convicción ya que no fundamenta su punto de partida: esto es, por qué la medida obligatoria del injusto típico ha de venir determinada *precisamente* por la lesión objetiva del cuidado.

e) En quinto lugar se ha sostenido que la tesis que aquí intentamos fundamentar significa una disolución de la norma de comportamiento general (28). Frente a esta objeción debe recordarse que, en general, sólo pueden determinarse los límites del riesgo permitido. Pero la cuestión, por el contrario, del comportamiento necesario para excluir el riesgo no permitido depende de las capacidades individuales y la incapacidad individual debería incidir sobre *el disvalor de acción, sobre el injusto típico, sobre la conducta prohibida, en definitiva* (29).

Debe precisarse, no obstante, que «el que es incapaz de mantener el riesgo de una actividad en los límites de lo permitido, en principio, tendrá prohibido llevar a cabo tal actividad (la llamada *culpa en la asunción del riesgo*)». De un conductor cuyas reacciones se encuentran reducidas por debajo de lo normal no se puede exigir, como se haría respecto a uno normal, que detenga cuanto antes su vehículo ante un repentino peligro de colisión, sino simplemente que deje de conducir; como el conductor cuya capacidad de reacción está considerablemente disminuida como consecuencia de una avanzada esclerosis cervical debe omitir completamente la actividad peligrosa —supuesto, naturalmente, que el autor es por lo menos capaz de percibir su incapacidad: si la esclerosis le impide inclusive esto, no habría siquiera un ilícito jurídico-penalmente relevante en tanto produce un accidente que *él* no podía evitar (30).

(26) Cfr. STRATENWERTH Günter, «Derecho Penal». Cit., núm. 1.096. SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 11 y ss. del apéndice al parágrafo 16.

(27) Cfr. KAUFMANN, Armin, «Sobre el estado de la doctrina del injusto personal». Nuevo Pensamiento Penal. Abril-junio 1975. Págs. 170 y ss.

(28) En este sentido: SCHMIDHÄUSER. Fest. für Schaffstein. Págs. 151 y ss. SCHUNEMAN, Fest. für Schaffstein. Págs. 164 y ss.

(29) En este sentido: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., números 1.095 y ss., con una paralela y obvia referencia a los delitos de omisión donde «el autor tiene que ser *capaz* de comportarse del modo jurídicamente exigido». Cfr. también: SAMSON, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch». Cit., núms. 13 y ss. del apéndice al parágrafo 16. JAKOBS, «Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt». Cit., págs. 64 y ss.

(30) Ampliamente vid.: STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit., números 1.095, 1.101 y 1.103.

f) En sexto lugar se ha sostenido que la tesis de la contrariedad individual al deber distorsiona el concepto de antijuridicidad que debe ser unitario para el total ordenamiento jurídico. Frente a esta tesis deben reconocerse las fluctuaciones interpretativas del artículo 1.902 del Código Civil y las posibilidades que este precepto ofrece —puesto que negligencia es desatención individual— de concebir a la antijuridicidad de forma acorde con la sensibilidad de nuestro tiempo (31).

g) Recientemente, en la dogmática española, se ha pronunciado en favor de la tesis de la contrariedad individual al deber de cuidado Mir Puig. En su opinión, esta tesis es la única forma de evitar la escandalosa impunidad de quien, dotado de facultades sobresalientes, deja de emplearlas voluntariamente y se limita a comportarse con arreglo al «deber objetivo de cuidado». Según el planteamiento que relega el poder subjetivo del autor a la culpabilidad, este sujeto actuaría con arreglo a Derecho y no podría, pues, ser castigado luego por la sola concurrencia de una «mayor culpabilidad» (32). Los ejemplos pueden ser numerosos: el que sabe que en un determinado lugar se encontrará con niños que al terminar sus clases corren descuidadamente por la calle, no podrá sostener que el conocimiento de esta situación no hubiera sido reconocible de la misma manera que si él no lo supiera (33). De la misma forma (en el área de los conocimientos) no podrá alegar preferencia de paso y comportamiento conforme al deber de cuidado quien sabiendo caída una señal de STOP no la respeta, colisionando con un vehículo cuyo conductor daba por supuesta la correcta ubicación de la señal; y en cuanto a las capacidades, el conductor dotado de una visión excepcional que ha visto un obstáculo, no puede disculparse si choca imprudentemente con él alegando que cualquier otro conductor con una visión normal no lo habría visto.

«Desde mi punto de vista —afirma Mir Puig— lo decisivo ha de ser la posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, ya sea a conciencia, ya sea por descuido, el mismo se comportó incorrectamente desde el prisma de un observador objetivo, quien conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales consideraría obligado su empleo para evitar la lesión del bien jurídico. En tal caso, la conducta sería

(31) Cfr. TORÍO LÓPEZ, Angel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos». Cit., pág. 37. SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO, «Consideraciones críticas a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo». Madrid, 1963. Página 76.

(32) Vid. MIR PUIG, Santiago, Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., pág. 791. Con anterioridad, *el mismo* autor en «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático». Cit., págs. 53 y ss.

(33) El ejemplo puede verse en STRATENWERTH, Günter, «Derecho Penal». Cit.. núm. 1.101.

antijurídica, prohibida por la norma de cuidado que obliga a hacer todo lo posible al autor en la situación concreta a juicio del espectador objetivo. Viceversa, por lo que respecta tanto al poder inferior del sujeto, como al poder excepcional no disponible a voluntad (p. ej., hasta cierto punto, una mayor inteligencia), constituyen así mismo límites de lo punible por la norma de cuidado y, por tanto, también de lo injusto, por la misma razón que en los delitos de omisión: el poder de cumplimiento es el límite máximo del deber normativo, porque la prohibición preventiva de la norma no puede intentar motivar a realizar conductas imposibles. Según esto, la norma de cuidado no obliga a nadie a aplicar un comportamiento para el que no tiene facultades, aunque aquél comportamiento sea el impuesto a la mayoría de los hombres, dotados de una mayor capacidad; y, por otra parte, la norma de cuidado tampoco puede obligar a utilizar un poder sobresaliente no disponible a voluntad, pues el sujeto esté o no a la altura de un tal poder excepcional en el momento concreto del hecho no puede imponerse por la motivación de la norma, y cuando aquél deja de estarlo más bien se pone de manifiesto que en el momento del hecho el mismo no se halla en condiciones superiores a lo normal, por lo que no podía exigírsele más cuidado que al término medio de los hombres. ¿Qué queda entonces para la culpabilidad? Nada que no sea común a todo delito, sea doloso o sea imprudente. Según lo anterior, todo lo específico de la imprudencia pertenece al ámbito de lo injusto (único ámbito de lo prohibido). Ello resulta perfectamente satisfactorio desde el prisma del Derecho español que contempla a la imprudencia (o negligencia) como una clase de tipo de injusto» (34).

III. En resumen: la adecuación de la conducta al tipo de injusto del delito culposo exige —lógicamente— que el sujeto haya tenido la posibilidad de saber de la producción de un resultado evitable —infracción del deber de cuidado—. Pero la determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor: sólo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposo. De esta forma culmina un proceso de subjetivización de la infracción del deber de cuidado tras un largo peregrinar por la sistemática del delito culposo: proceso de subjetivización que, paradójicamente, ha venido a culminar precisamente en el área de lo injusto.

(34) Vid. MIR PUIG, Santiago. Adiciones de Derecho español en JESCHECK, H. H., «Tratado de Derecho Penal». Cit., pág. 791.

Política penal en el Estado democrático

HERNAN HORMAZABAL MALARÉE

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

1. PLANTEAMIENTO

En un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura. En efecto, si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una permanente revisión de su aparato coercitivo, Estado democrático será aquél que en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980, 116). En este contexto, el recurso penal será siempre la *última ratio* en la llamada lucha en contra de la criminalidad y representa el aspecto extremo de la política criminal (F. Bricola, 1978, 105).

Pero, si el Estado democrático decide incriminar una conducta —lo que en definitiva significa el reconocimiento del fracaso de su política social—, debe, al mismo tiempo, individualizar el objeto de protección de la norma penal correspondiente. Esto significa señalar claramente, libre de enmascaramientos ideológicos, lo que realmente se protege con la norma penal. En otras palabras, se trata de que el *bien jurídico* protegido por el precepto penal sea una expresión real de la superación de la contradicción que se genera entre el Estado como monopolizador de la coerción y la libertad que el Estado democrático reconoce y garantiza a los individuos.

El cambio político de un gobierno autoritario a un gobierno democrático obliga a este último a la revisión de todo su sistema represivo, incluido, por supuesto, el sistema jurídico penal. No deja de ser sintomático que tradicionalmente en España el cambio político haya ido aparejado con la reforma penal. La historia nos enseña que precisamente bajo los gobiernos autoritarios se han promulgado los códigos penales más rigurosos, a cuya revisión se han visto obligados los escasos gobiernos liberales (M. Barbero Santos, 1977).

En el Estado democrático este proceso de revisión del Derecho penal debe de hacerse conforme a criterios científicos y con sen-

sibilidad ante los problemas que afectan a la sociedad. El legislador y con mayor razón el legislador penal, no puede desvincularse de la realidad social en que desarrolla su actividad. Si así lo hace, se coloca en el plano de la idealidad, en el voluntarismo de querer resolver los problemas de la realidad social con normas del deber ser, en el de la confusión de la realidad con la idea.

El legislador penal indispensablemente tiene que entrar a considerar la realidad concreta. La norma penal ha de constituir una superación de las contradicciones que se suceden dentro de la realidad social, pero como un recurso extremo cuando no quede otro que la coerción penal. La norma penal y el precepto penal forman también parte de esta realidad social y es en este contexto que el penalista tiene que centrar su quehacer.

El Derecho penal no puede seguir siendo pensado como ciencia dogmática en el sentido más estricto de la palabra, anclado en una concepción aséptica del derecho que pretenda desconocer su naturaleza de ciencia social y, por lo tanto, su naturaleza esencialmente política. Por el contrario, se trata de asumir esta esencia y también el que el penalista debe orientar su actividad conforme a su naturaleza social y de acuerdo con las reivindicaciones que reclama una sociedad democrática.

De lo expuesto nace una nueva exigencia para el jurista penal. Su imposibilidad de desconocer el aporte del resto de las Ciencias Sociales a la revisión crítica del Derecho penal y la necesidad de construir una nueva ciencia integrada del Derecho penal de acuerdo con una concepción más receptiva de los intereses sociales de las mayorías (Sola A. de, 1983, 245).

A nuestro juicio, la puerta de entrada de las ciencias sociales en el campo del Derecho penal la posibilita el *bien jurídico*, concepto que aunque acuñado por J. M. F. Birnbaum (1834, 149 y s.) en el siglo pasado, ha venido designando tradicionalmente el objeto de protección jurídica de la norma penal.

2. IDEOLOGIA Y BIEN JURIDICO

Las tesis que desde entonces se han formulado sobre el bien jurídico se pueden agrupar bajo dos grandes categorías. Las que son *inmanentes* al sistema jurídico penal y las que son *trascendentes* a dicho sistema. Las primeras cumplirían una función meramente sistemática y reducen al bien jurídico a una creación del legislador. Las segundas sitúan al bien jurídico más allá del Derecho penal y cumplen una función crítica del sistema (W. Hassemer, 1973, 19 y s.).

Lo cierto es que, a nuestro juicio, todas estas teorías sobre el bien jurídico, incluso las que son trascendentes al sistema jurídico penal y que están, en consecuencia, en condiciones de plantearse críticamente ante la norma penal, en la medida que están formuladas dentro del sistema social, sólo señalan en forma apa-

rente lo que se protege, ya que sus autores o bien les dan contenido desde la idea, o bien se fundamentan en teorías sociales de carácter ideológico traspasando con ello una concepción interesada del mundo al concepto de bien jurídico. En definitiva, estas teorías no hacen más que *explicar o legitimar ideológicamente* a la ley penal, pero distan mucho de dar una concepción material de bien jurídico.

En efecto, el examen de la historia del Derecho penal hecho desde la perspectiva de las teorías sobre la pena pone de manifiesto el carácter ideológico de la pena como fundamento legitimador de la ley penal, según creemos haberlo demostrado en un trabajo anterior (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980a, 97 y s.). En esa oportunidad, se dejó en claro la estrecha relación que existe entre una determinada concepción de la pena y, por ende, del Derecho penal y una determinada forma de Estado, lo que permitió destacar no sólo la congruencia entre la ideología de la hegemonía política de cada época con la correspondiente teoría explicativa de la pena, sino incluso su funcionalidad con el sistema hegemónico.

Un examen hecho desde la perspectiva de las teorías del bien jurídico lleva a conclusiones similares. A cada época ha correspondido una determinada concepción del bien jurídico. Puesta dicha concepción en relación con la forma de Estado de la época de su formulación, se aprecia su funcionalidad con los requerimientos de la hegemonía política de cada momento histórico.

En efecto, las aseveraciones anteriores ya pueden comprobarse en la época en que se acuñó el concepto por J. M. F. Birnbaum (1834). El «bien» establecido por Birnbaum para designar el objeto jurídico de protección de la ley penal nace como consecuencia de la necesidad de superar la tesis de Feuerbach, de clara impronta liberal, de que el Derecho penal sólo debe proteger «derechos subjetivos», lo que dejaba fuera de la protección penal los delitos en contra de la religión y de la moral, en contradicción con el espíritu restaurativo de la época (K. Amelung, 1972, 39; P. Sina, 1962, 19).

No obstante, hay que dejar señalado que la teoría de Birnbaum pasó desapercibida en aquella época, ya que fue suficiente para los fines de la Restauración la enorme influencia de G. W. F. Hegel y su jusracionalismo histórico.

La consolidación definitiva del concepto de bien jurídico sólo se iba a lograr más tarde bajo la ideología del positivismo en una Alemania recién unificada. Alemania en esa época presentaba una estructura económica agraria poco sólida, una escasa industrialización y, sobre todo, un retraso económico en relación con el resto de Europa (K. Lenk, 1971, 47). La revolución burguesa, aunque limitada a su aspecto económico, se iba a realizar de la mano de un poder estatal fuerte y autoritario, resultado de un compromiso entre unas fuerzas sociales que no habían logrado

imponerse por la vía revolucionaria y una nobleza feudal agraria que se vio en la necesidad de ceder ante la realidad (G. Jellinek, 1978, 511).

Para lograr este objetivo el Estado tenía necesariamente que fortalecerse. Se trataba de que se equiparara en facultades al individuo. Por ello, la teoría política le reconoce su autonomía, su personalidad moral o jurídica y también el poder público, o sea, el poder de dominar como *un derecho*. El Estado pasa a ser, de esta forma, titular de un derecho subjetivo público, el derecho del Estado a exigir la obediencia.

Nada más de acorde con la ideología de este Estado, conservador en lo social y revolucionario en lo económico, que el Derecho penal «cosificara» el objeto del delito en la defensa de «bienes jurídicos», en tanto que objetos concretos que habrían de derivarse de los propios códigos penales (S. Mir Puig, 1976, 209 y s.).

El positivismo en el Derecho penal iba a tomar dos corrientes metodológicas diferentes y formalmente enfrentadas. Por un lado el jusracionalismo positivista representado por Karl Binding y por el otro el positivismo naturalista de Franz von Liszt.

Karl Binding (1913; 1916), en plena concordancia con la ideología política del Estado alemán del II Imperio, concibe al delito como una contravención de la norma y, al mismo tiempo, también como una lesión de un derecho subjetivo del Estado (1916, 96). Este derecho subjetivo lo identifica con el derecho de mandar del Estado, derecho que por sí mismo es suficiente para exigir la obediencia (97, 98). Esta concepción tan amplia de delito lo llevó a buscar un sustrato material que le permitiera diferenciar el delito criminal de la simple infracción administrativa. Con este objeto dirigió su atención hacia el fin de las normas que, según él, sería la mantención de las condiciones concretas para una sana vida en común (339). Según Binding, estas condiciones se materializarían en los bienes jurídicos, «por su calidad de bienes para la vida jurídica» (340). En cuanto a su origen, Binding señala que los bienes jurídicos son una creación exclusiva del legislador, el que actúa sin otra limitación que su propia consideración y la que impone la lógica (353, 340).

Como puede apreciarse, toda la teoría jurídico penal de Binding está fundamentada en el poder del Estado y en el deber de obediencia que tienen todos los ciudadanos. El presupuesto ideológico parte de la consideración del Estado como persona jurídica que se autolimita a través del derecho, lo que a su vez legitima ideológicamente la titularidad del Estado de derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de exigir obediencia a los ciudadanos.

De ahí que cuando expresa que «en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien» (365), en definitiva está señalando que toda norma encierra en sí un bien jurídico y que toda desobediencia a la norma constituye una lesión al bien jurídico que ella contiene. Con ello confirma su tesis

de que el bien jurídico es simplemente una creación del legislador, que el legislador junto con crear la norma, crea al bien jurídico. La teoría de Binding se enmarcaría de acuerdo con la sistematización de W. Hassemer entre las immanentes al sistema jurídico penal (1973, 42).

Si en Karl Binding el positivismo está reducido a aspectos puramente normativos, en Franz von Liszt se iba a expresar en forma integral (1905a; s/f) al tratar el fenómeno delictual no sólo como un problema normativo, sino también como un problema de todas las demás ciencias que se ocupan del delito y del delincuente, proponiendo lo que el llama «die gesamte Strafrechtswissenschaft».

No obstante, von Liszt siempre reafirmó la independencia del Derecho penal y su estricto fundamento normativo, llegando a señalar que «el Derecho penal constituye el límite infranqueable de la política criminal» (1905 b, p. 80 y s.).

Precisamente es en ese límite donde von Liszt al bien jurídico, en el límite de la dogmática penal y de la política criminal (J. Bustos, 1982b, 65 y s.), en «el límite de la lógica jurídica abstracta», en el punto de unión del Derecho penal con las otras ciencias sociales.

De esta forma, von Liszt formula una tesis sobre el bien jurídico trascendente al sistema jurídico penal. El bien jurídico concebido como un «concepto límite» entre la ciencia jurídica y la política, posibilita que los conceptos de las ciencias sociales puedan hacer su entrada en el campo del Derecho penal.

El bien jurídico en von Liszt es concebido como un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico, lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas (von Liszt, s/f, t. II, 7).

Luego, para von Liszt, el bien jurídico no es como en Binding un concepto exclusivamente jurídico, una creación del legislador contenida en la formulación de la norma, sino una creación de la vida y como tal un interés vital del individuo o de la comunidad, a la que la protección del derecho le da la categoría de bien jurídico (v. Liszt, s/f, t. I, 6).

No obstante las infinitas posibilidades que abre la tesis de este autor sobre el bien jurídico, lo cierto es que también en ella se advierten los signos conservadores de defensa social y de fortalecimiento de un Estado que habría de conducir a Alemania a su esperada revolución económica.

En efecto, el pensamiento de v. Liszt, no sólo está influido por la Escuela Positivista italiana, sino sobre todo, en lo filosófico por la idea de fin de von Ihering (K. Amelung, 1972, p. 162). Según esta línea, las normas en cuanto está referidas al mundo social hay que entenderlas e interpretarlas desde el fin que quieren lo-

grar, que no sería otro que asegurar las condiciones de vida de la sociedad.

En el pensamiento penal de von Liszt, esta idea de fin se expresa sintéticamente en su concepto de bien jurídico (v. Liszt, 1905c, 212; P. Sina, 1962, 48; K. Amelung, 1972, 82-83), que formulado con una pretensión de materialidad con el objeto de superar el formalismo de Binding, lo define como «un interés jurídicamente protegido», esto es, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho. El fin del Derecho penal, de la norma penal y de la ejecución penal, está precisamente en la protección de bienes jurídicos. Ellos expresan, según v. Liszt, la idea-fin de protección de los presupuestos del orden social.

En estas condiciones, el bien jurídico en la teoría de von Liszt aparece colocado en el centro mismo de la discusión como el elemento que daría materialidad al delito y que al mismo tiempo expresaría el fin del ordenamiento jurídico penal. En otras palabras, permite romper la barrera lógico formal que impone un tratamiento puramente normativo del delito y dar fundamento a un sistema teleológico, pero ello sólo se ve posibilitado en la medida que está concebido no como un «bien del derecho», sino como un «bien de los hombres», por lo tanto, como un reflejo de la realidad social en el mundo de lo jurídico. El bien, por lo tanto, para von Liszt, se encuentra originariamente dentro de la realidad social y está sujeto, por ello, permanentemente a la contingencia de su revisión crítica cuya eficacia dependerá de la mayor o menor fluidez de los canales de comunicación entre la sociedad política y la sociedad civil. Es, en consecuencia, un concepto trascendente al sistema jurídico penal.

Pero el planteamiento de von Liszt se desdibuja desde el momento en que identifica las «condiciones de la existencia social» con las «condiciones de la comunidad estatal», con lo que la sacralización de las condiciones de la existencia humana como bien jurídico sigue siendo una decisión política del Estado. Esta identificación de los intereses de los hombres con los intereses estatales viene, en definitiva, a privilegiar una forma de Estado, un modelo de sociedad. El espíritu «defensista» del positivismo viene a truncar la propuesta de von Liszt dejándola en último término, en un puro formalismo (1905a, 126 y s.).

El formalismo de von Liszt se extrema posteriormente, cuando opone en forma predominante los bienes del Estado a los bienes del individuo y la antijuridicidad formal sobre la material, al señalar que el juez en esta alternativa «está ligado a la ley» (K. Amelung, 1976, 82; P. Sina, 1951).

Como puede apreciarse, que si bien es cierto que tanto K. Binding con F. von Liszt presentan grandes diferencias en su concepción del bien jurídico, especialmente en lo que se refiere a su origen social o normativo, en último término vienen a coincidir en sus planteamientos «defensistas» de un modelo de sociedad y de una forma de Estado. Ambos coinciden en cuanto a sus pro-

pósitos de legitimar ideológicamente el «*ius puniendi estatal*». Para Binding se legitimará lisa y llanamente en la autoridad de la norma. En von Liszt en un interés social que se identifica con el interés del Estado.

El positivismo en Alemania tuvo un doble aspecto. Por un lado fue revolucionario en orden que bajo su ideología el Estado pudo efectuar la revolución económica. En lo político fue, en cambio, conservador y contribuyó a mantener un orden social más propio de estructuras preindustriales.

La reacción antipositivista no se hizo esperar. Al finalizar la Primera Guerra Mundial, llegó también a su término el Segundo Imperio y con él el modelo de Estado que bajo la inspiración de Otto von Bismarck había conducido a Alemania a la llamada Europa moderna.

El nuevo modelo de Estado es el que se perfila en la Constitución de Weimar, en la que las ideas de libertad y el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos contrastan violentamente con lo que el modelo anterior de Estado entendía que debían ser sus fines. La Constitución de Weimar habría de recuperar la idea de libertad del Iluminismo y, al mismo tiempo, al constatar las desigualdades sociales que habría acarreado el proceso de industrialización que se había producido bajo el Estado positivista, en el afán de nivelar dichas desigualdades, incorpora en sus preceptos un programa económico social y según Hans Kelsen, también un sistema de relativismo político (1959, 472).

La ideología legitimadora del poder habría de ser coherente-mente el relativismo del pensamiento de Kant, reformulado en la corriente filosófica que se denominó neokantismo. Es la reacción de la filosofía pura dispuesta a desprenderse de la descomposición a que la había sometido la «cientificidad» (S. Mir Puig, 1972, 331).

Con el neokantismo el bien jurídico comienza un proceso de espiritualización, principalmente en la corriente denominada teleológica de Richard Honig, que renunciando a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico, centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto. Por ello define el bien jurídico como «una fórmula sintética» en la que «el legislador ha reconocido el fin que persigue en cada una de las prescripciones penales» y «como una síntesis categorial en la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares» (R. Honig, 1919; J. H. Rudolphi, 1970, 151-167).

A partir de esta definición, Honig va a consumir la definitiva espiritualización del concepto de bien jurídico, quitándole todo contenido real y concreto al señalar que «los objetos de protección no existen como tales» y que «sólo son un producto de un pensamiento jurídico específico» (R. Honig, 1919).

La dirección neokantiana de Erik Wolf, menos radical que la

de Honig, sin abandonar la colocación sistemática del concepto en el núcleo de la antijuridicidad y su consiguiente rendimiento dogmático, no obstante, en su excesiva abstracción iba de hecho a ponerse a su mismo nivel por su nula importancia político criminal (K. Amelung, 1972, 147).

El asalto al positivismo no sólo se habría de realizar desde la perspectiva axiológica de los neokantianos y del relativismo historicista, sino también desde la fenomenología y desde el neohegelianismo. Todos iban a contribuir al renacimiento de la filosofía pura.

El vuelco de la filosofía neokantiana en las teorías del Derecho penal, según se ha visto, se concretó en general en el bien jurídico. El esfuerzo por distinguir entre el objeto de la acción u objeto material del delito y el objeto jurídico del delito o bien jurídico, iba a conducir hacia concepciones cada vez más abstractas y espirituales de este último, con la consecuente pérdida de toda su eficacia limitadora al «*ius puniendi*» estatal.

El neohegelianismo y la fenomenología criticaron a las corrientes neokantianas su parcial superación del positivismo y centraron su atención en otros puntos del Derecho penal y específicamente dentro de la teoría del delito, en el concepto de acción, señalando con razón que aún no se había liberado del dogma causal (J. Bustos v H. Hormazábal, 1980b, 533-554).

De esta forma, tanto Hellmuth Mayer desde el neohegelianismo, como Hans Welzel desde la fenomenología, plantearon una reformulación del concepto de acción y la mediatización del bien jurídico anteponiéndole, como objeto de protección de la norma penal, la protección de los valores de acto.

Así, para Mayer el delito es nada un desvalor de acción cuyo contenido viene determinado por la lesión de un orden de protección y, sobre todo, por una inadmisibles lesión de un orden moral realizada por una acción, con lo que se completa la insuficiente, según él, concepción del delito como lesión de bienes jurídicos (H. Mayer, 1967, 51).

La teoría del delito de Hans Welzel, aunque formulada en sus líneas medulares antes de la II Guerra Mundial, no obstante, iban sólo a ser consideradas al finalizar la guerra. Ello se comprende si se advierte el contenido ético y humanista de sus tesis jusfilosóficas y jurídico penales que, por supuesto, eran incompatibles con el nacionalsocialismo.

El ambiente de revisión del pasado inmediato en la postguerra iba a ser el medio que mejores condiciones iba a ofrecer para el desarrollo y consolidación de sus planteamientos en el contexto político de una Alemania constituida en un Estado social y democrático de derecho, conforme a la Constitución de Bonn de 1949.

Toda la teoría penal de Welzel, se funda en la distinción entre desvalor de acto y desvalor de resultado (H. Welzel, 1976, 11 y s.). Consecuentemente con esta distinción, señala que la «misión del Derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en

comunidad» y que lo hace protegiendo «los bienes vitales de la comunidad», los llamados bienes jurídicos. Dicha protección se realiza por el Derecho penal prohibiendo en la norma y castigando en el precepto penal las acciones que están dirigidas a la lesión del bien jurídico. Se trata de impedir a través de la punición del desvalor de acto que se expresa en el precepto penal, el desvalor de resultado que significa la lesión de un bien jurídico que se produce como consecuencia de la realización del acto desvalorativo recogido en el tipo penal. Luego, según Welzel, la protección de los bienes jurídicos se realiza mediante la punición de los desvalores de acto (12).

Así, de acuerdo con lo expresado, el bien jurídico en Welzel se encuentra mediatizado por la protección que el Derecho penal debe brindar «a los valores elementales de conciencia, de carácter ético y social», valores que constituyen «el fundamento más sólido que sustenta al Estado y a la sociedad» (13).

En cuanto a su origen, Hans Welzel concibe al bien jurídico en una instancia prejurídica, en la realidad social «influyendo y siendo influenciados por la relación social» (H. Welzel, 1975, 137).

Aun cuando es mérito de Welzel haber recuperado el bien jurídico para la relación social, lo cierto es que su sistema con la mediatización por los desvalores de acto y la consiguiente aceptación de la existencia de delitos sin bienes jurídicos (1975, 137), y el hecho de derivarlo de la norma sin explicar su génesis, y no directamente de la relación social, lo conduce a dar una definición formal de bien jurídico que no explica qué es lo que realmente protege el Estado cuando entra a sancionar penalmente la realización de una determinada conducta. Sin embargo, la tesis sobre el bien jurídico de Welzel queda dentro de la categoría de las trascendentes al sistema jurídico penal.

En la actualidad se aprecia en relación con el bien jurídico la continuación de la línea de pensamiento a que diera lugar von Liszt al concebirlo como un «concepto límite» entre la ciencia jurídica y la política. De allí que se pueda constatar una *corriente sociológica* en las teorías sobre el bien jurídico (K. Amelung, 1972; R. P. Calliess, 1974; W. Hassemmer, 1973; S. Mir Puig, 1976). Obviamente que ello significa que el autor de esta corriente toma postura en orden a considerar al derecho como una ciencia social interrelacionada con las demás ciencias sociales y no como una ciencia autónoma exclusiva y excluyente.

Ahora bien, si la teoría social que sirve de fundamento a un concepto de bien jurídico, sólo tiene por objeto legitimar un modelo de sociedad, dicho concepto de bien jurídico cumplirá también una función legitimadora de la actividad punitiva del Estado y será portador de la ideología que enmascara la realidad de lo que realmente se protege por la norma penal. Este concepto de bien jurídico, si bien es cierto que es *trascendente* al sistema jurídico penal, no lo es menos que es *inmanente* al modelo de sociedad dentro del cual se enmarca dicho sistema. Un concepto

de bien jurídico de estas características no posibilita de ningún modo una revisión crítica del Derecho penal que esté de acuerdo con la dinámica que va imponiendo y exige el Estado democrático.

De allí que surja en el Estado democrático la necesidad de determinar *materialmente* al bien jurídico, esto es, de determinarlo en forma tal que permita revelar los encubrimientos ideológicos con que se presentan formalmente en la realidad los objetos a ser protegidos penalmente. De esta forma, el concepto no sólo se convertirá en un instrumento de crítica del sistema jurídico penal, sino que lo será también de la estructura social concreta que ha producido dicho sistema. La política penal del Estado democrático requiere de un concepto de bien jurídico que sea *trascendente* no sólo al sistema jurídico penal, sino que también lo sea al correspondiente modelo de sociedad.

De esta manera, todo esfuerzo en orden a darle contenido material a la expresión «bien jurídico» tiene que partir necesariamente de la consideración de que éste es un producto social que surge históricamente dentro de una relación social concreta. Esto significa tener en cuenta la estructura interna, las contradicciones y la forma en que se realiza la superación de esas contradicciones en un modelo de sociedad concreto. Significa también entrar a considerar al hombre concreto, su situación y rol dentro de la sociedad de que se trata, y, sobre todo, la forma encubierta en que se le presenta la realidad a través de fórmulas legitimadoras de carácter ideológico que ocultan su verdadera naturaleza.

3. BIEN JURIDICO Y ESTADO DEMOCRATICO

Según se puede apreciar de la lectura de nuestras reflexiones, el bien jurídico constituiría un aspecto esencial de la relación política penal-estado democrático. Pero, también a su vez, bien jurídico y estado democrático se encuentran recíprocamente relacionados. Por una parte, está la propuesta programática de que el Estado esté constreñido a penalizar sólo conductas que afecten a bienes jurídicos, y por la otra, la necesidad de que el objeto a proteger, aun cuando responda a un requerimiento social, esté libre de condicionamientos ideológicos, esto es, que corresponda a un requerimiento real de la sociedad. Este último aspecto precisamente determina al Estado democrático como condición necesaria para hacer efectiva una política penal de protección de bienes jurídicos (S. Mir Puig, 1976, 140).

Si, según señalábamos, Estado democrático sería aquél que no se encuentra reducido a su aspecto coercitivo puro, tendríamos que concluir que en términos positivos significa la existencia de una sociedad civil fortalecida ante una sociedad política en retroceso. Dialécticamente significa que si la sociedad política representa la tesis y la sociedad civil la antítesis, la dinámica democrática

tica importa el permanente robustecimiento de la antítesis (H. Portelli, 1978, 95; N. Bobbio, 1977).

De allí que, como una primera aproximación para una determinación material del bien jurídico, surja como premisa que éste se geste en un Estado democrático. Sólo en un Estado democrático se pueden generar bienes jurídicos, ya que sólo él ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica.

Conforme a lo expuesto, el bien jurídico es una *síntesis normativa* resultado de la contradicción que se genera en una sociedad democrática entre el Derecho penal como expresión más pura de la coerción y la negación de dicha coerción con el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades de los individuos. Esta síntesis normativa, en consecuencia, se habrá de producir en la superestructura jurídico política, específicamente, en la sociedad política y se habrá de concretar en un tipo penal socialmente significativo (J. Bustos y H. Hormazábal, 1980b).

Por ello, a nuestro juicio, el bien jurídico como expresión para designar el objeto jurídico de protección penal, es una categoría exclusiva del Derecho penal. El ámbito de comprensión del bien jurídico, en relación con los objetos protegidos por otras ramas del derecho, es más restringido. El bien jurídico podrá ser homologable con ellos, pero no son idénticos.

Confirman esta apreciación el carácter de una *última ratio* y fragmentario que la doctrina en forma unánime predica del Derecho penal (F. Muñoz Conde, 1975, 72; S. Mir Puig, 1976, 124), según el cual la intervención penal queda reservada como última instancia cuando fracasen todos los demás recursos sociales y sólo para proteger al objeto protegido ante los ataques más graves.

Pero es evidente que el problema del bien jurídico no se agota en la constatación de que es simplemente una *síntesis normativa* dentro de la sociedad democrática. Es preciso considerarlo, también, en la esfera de la sociedad civil, en cuanto producto social de una sociedad democrática.

Si afirmamos que el bien jurídico es un producto social quiere decir que es el resultado de la superación de las contradicciones concretas que se producen dentro de una relación social concreta (J. Bustos Ramírez, 1982a, 19 y s.; 1982b, 65 y s.). El bien jurídico es una relación social, pero una *relación social sintética* de la sociedad democrática. Precisamente por su carácter de relación social tiene un carácter histórico y está condicionado por la forma específica en que se producen las relaciones sociales, sobre todo por la ideología enmascaradora de la realidad.

En la sociedad civil, aunque proyectada hacia un primer plano respecto de la sociedad política en el Estado democrático, es donde entran a jugar los aspectos ideológicos, esto es, las concepciones del mundo que puede tener un determinado grupo social hegemónico. Las fórmulas ideológicas pueden también mani-

festarse en los bienes jurídicos encubriendo la verdadera naturaleza de las relaciones sociales concretas que se protegen por el Derecho penal con lo que el objeto protegido por el Derecho penal se corresponderá, aunque en forma encubierta, con los intereses de dicho grupo hegemónico. Ello traerá como consecuencia que una determinada y particular concepción del mundo se habrá objetivado a través de una norma penal que habrá de fijar conforme a ella pautas de conducta social. El objeto se presentará como un bien jurídico, pero en su esencia sólo cumplirá una función legitimadora de un *ius puniendi* estatal no democrático. La ideología presentará en este caso sólo formalmente un Derecho penal democrático, pero en su esencia estará protegiendo otras realidades enmascaradas por un bien jurídico ficticio.

En el Estado democrático, el bien jurídico concebido materialmente como una relación sintética de carácter normativo y social, cumple esencialmente una función de carácter crítico no sólo del ordenamiento penal vigente, en la medida que se coloca en una instancia prejurídica, sino también del modelo de organización social en la medida que se sitúa incluso fuera de dicho modelo. Su función es, por lo tanto, de naturaleza político penal, en la medida que no sólo impone la restricción dentro del Estado democrático del *ius puniendi* a la exclusiva protección de bienes jurídicos, sino también en cuanto a poner de manifiesto la necesidad de penalizar ciertas y determinadas conductas que por su dañinidad social merecen ser castigadas penalmente.

El carácter crítico del bien jurídico se concreta respecto del ordenamiento penal en cuanto impone la obligación de su revisión y puede traer como consecuencia la demanda social y la decisión estatal de despenalizar determinadas conductas que no correspondan a la protección de bienes jurídicos en el Estado democrático, así como a replantearse el sentido y alcance de un determinado precepto penal. De la revisión del ordenamiento vigente desde la perspectiva del bien jurídico material, puede también surgir la necesidad de cubrir las lagunas penales que se puedan apreciar en dicha revisión.

A título de ejemplo se puede citar el proceso de despenalización del adulterio en España al poco tiempo de la reinstauración de la democracia. La apertura democrática permitió poner a la luz que bajo la ideología de la protección del matrimonio monogámico y de la familia, en el fondo se encubría, en tanto que el delito sólo podía ser cometido por la mujer, la posición de sometimiento de ésta respecto del hombre dentro de la relación social. La consideración de la situación concreta de los individuos dentro de la relación social, permitió apreciar la realidad de lo que verdaderamente se estaba protegiendo e hizo exigible una reforma penal.

Del mismo modo, el contexto del Estado social establecido en la Constitución Española de 1978 plantea la necesidad del desarrollo de una política penal de protección de la intimidad, del pa-

trimonio artístico, de los consumidores y del medio ambiente, cuestión que surge no sólo como exigencia constitucional, sino como una verdadera demanda de la base social de limitar la libertad del capital en beneficio de la libertad de los individuos.

En resumen, el Estado democrático debe orientar su política penal hacia la exclusiva protección de bienes jurídicos, pero de bienes jurídicos entendidos materialmente en cuanto expresan lo realmente protegido por una norma penal, esto es, *síntesis normativas de relaciones sociales concretas* en una sociedad democrática. Pero, del mismo modo como el Estado democrático está obligado a la protección de bienes jurídicos, debe asegurar el funcionamiento democrático de la sociedad reforzando sus estructuras y siendo receptivo a sus reales necesidades.

BIBLIOGRAFIA .

- AMELUNG, K. (1976), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt a.M.
- BARBERO SANTOS, M. (1977), *Política y Derecho penal en España*, Tucur Ediciones, S. A., Madrid.
- BINDING, K. (1913), *Grundriss des deutschen Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 8.^a ed. Aalen Scientia Verlag, Leipzig.
- BINDING, K. (1916), *Die Normen und ihre Übertretung*. 3.^a ed. Verlag Felix Meiner, Leipzig.
- BIRNBAUM, J. M. F. (1834), *Über des Erfordnis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderen Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en «Archiv des Criminalrechts». N. Ed. T. 15, pp. 149 y s.
- BOBBIO, N. (1977), *Nota sobre la dialéctica en Gramsci*, en «Gramsci y la concepción de la sociedad civil». Ed. Avance, Barcelona.
- BRICOLA, F. (1978), *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale de Droit Penal», 1, 105-112.
- BUSTOS, J. (1982a), *Consideraciones en torno del injusto*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Temis, Bogotá.
- (1982b), *Política criminal e injusto*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal». Temis, Bogotá.
- BUSTOS, J. y H. HORMAZÁBAL (1980a), *Pena y Estado*, en «Papers» 13, 97-128.
- (1980b), *Significación Social y Tipicidad*, en «Doctrina Penal» 11, 533-554.
- CALLIESS, R. P. (1974), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M.
- HASSEMER, W. (1973), *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M.
- HONIG, R. (1919), *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig.
- JELLINEK, G. (1978), *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1959), *Teoría General del Estado*. Editora Nacional, México.
- LENK, K. (1971), *La ciencia política como crítica e instrumento de poder*. Vi-

- sión histórico-dogmática*, en «Introducción a la ciencia política». Ed. W. Abendroth y K. Lenk. Ed. Anagrama. Barcelona, 29 y s.
- v. LISZT, F. (s/f), *Tratado de Derecho Penal* (Trad. Luis Jiménez de Asúa), Instituto Editorial Reus. Madrid.
- (1905a), *Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung*, en «Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze», 2 T. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung. Berlin. T. II, pp. 230 y s.
- (1905b), *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen und die Grundbegriffe des Strafrechts*, en la misma colectánea, T. II, pp. 80 y s.
- (1905c), *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, en la misma colectánea, T. I, pp. 212 y s.
- (1905d), *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en la misma colectánea, T. I, pp. 126 y s.
- MAYER, H. (1967), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. W. Kohlhammer Verlag. Stuttgart, Berlin, Colonia, Mainz.
- MIR PUIG, S. (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho penal*. Bosch. Barcelona.
- PORTELLI, H. (1978), *Gramsci y el bloque histórico*. S. XXI. México.
- RUDOLPHI, H. J. (1970), *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, en «Festschrift für R. Honig». Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen. Hay traducción castellana de E. Bacigalupo: «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en «Nuevo Pensamiento Penal».
- SINA, P. (1962), *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*. Helbing & Liethahn, Basilea.
- SOLA, A. de (1983), *Política social y política criminal*, en «El pensamiento criminológico». Península. Barcelona. T. II, pp. 245-265.
- WELZEL, H. (1975), *Studien zum System des Strafrechts*, en «Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie» Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 120-184.
- *Derecho Penal Alemán* (1976) (trad. J. Bustos y S. Yáñez). E. Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

“Aberratio ictus” e imputación objetiva (*)

Por JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Becario de Investigación
1.ª Cátedra de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I

1. Con la expresión *aberratio ictus* (1) se designan usualmente una serie de casos, de relativa frecuencia en algunos delitos de resultado, en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto, pero no consigue lesionarlo, produciéndose el efecto lesivo en otro objeto (2). El ejemplo estándar reza así: A quiere matar a su enemigo B y contra él apunta su arma, pero, sea que apunta mal, sea que el aparato de puntería del arma es defectuoso, etc., el caso es que no es B quien resulta muerto sino C, que se hallaba en las proximidades (o bien, en otra variante, el perro que acompañaba a B). El yerro se produce, pues, en la *ejecución* (3). Ello permitiría distinguir, en una primera aproximación, estos supuestos de los de error in obiecto. El núcleo de estos últimos consiste en una incorrecta identificación (confusión en la *identidad* o *características*) del objeto de la acción con-

(*) Deseo hacer constar aquí mi agradecimiento a la CIRIT de la Generalitat de Catalunya, una de cuyas becas financió mi estancia en el Max-Planck-Institut de Derecho Penal de Freiburg i.Br. en el último trimestre de 1983. Durante dicha estancia, dedicada esencialmente a la obtención de bibliografía para mi Tesis doctoral sobre la dogmática jurídico-penal de la omisión, pude recopilar asimismo los materiales necesarios para la elaboración de este trabajo.

(1) Literalmente, «desvío del golpe».

(2) MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II (trad. Rodríguez Muñoz), 3.ª ed. (act. por Quintano Ripollés), 1957, p. 125; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 73; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª ed. (Trad. y adiciones Mir Puig-Muñoz Conde), tomo I, p. 419; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch, 1983, p. 247, núm. 80. En nuestra doctrina, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, tomo I, 2.ª ed., 1981, p. 435. El término «objeto» debe entenderse como objeto de la acción, realidad empírica que sirve de base al bien jurídico. Cfr. MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Sobre este punto, más importante de lo que pueda parecer, volveremos más adelante.

(3) BACKMANN, *Die Rechtsfolgen der aberratio ictus*, en *Juristische Schulung* (JuS), 1971, pp. 113-120, p. 113.

tra el que el sujeto dirige su conducta y al que efectivamente lesiona (4). De modo que el error surgiría aquí ya antes del comienzo de la ejecución (5) o, de aparecer durante la misma, no provocaría una desviación de ésta en forma incontrolada por el sujeto (6). El ejemplo, también clásico, es el siguiente: A, queriendo eliminar a B, le espera apostado en un camino. Al aproximarse alguien, cree reconocerle, de modo que apunta su arma contra él haciendo un blanco perfecto. Pero resulta que ese «alguien» no era B, sino el paseante C (o, en otra variante, el padre de A).

2. Tanto el *error in obiecto* como la *aberratio ictus* pueden ser *relevantes* desde la perspectiva de la teoría general del error de tipo. Esto es así cuando el objeto efectivamente lesionado goza de una protección penal distinta de la disfrutada por el objeto que el sujeto quería lesionar y creía estar lesionando (en los casos de «error in obiecto») o por aquél contra el que el sujeto dirigió su conducta (en las «aberrationes ictus»). Dicho con otra terminología más usual para la aberratio ictus relevante, *cuando los resultados no son típicamente equivalentes* (7). Casos de este carácter son los constituidos por las variantes de los dos ejemplos arriba citados.

Ellos no van a ser objeto de nuestra consideración. La doctrina es concorde en solucionarlos apreciando un delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente (8).

(4) MEZGER, *Tratado*, II, pp. 117-118; WELZEL, *Strafrecht*, p. 75; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82; CEREZO MIR, *Curso*, p. 433. Una variante del *error in obiecto* es el *error in persona*, en el que la confusión del sujeto activo afecta concretamente a la *identidad* del objeto de la acción-sujeto pasivo-persona humana.

(5) BACKMANN, JuS 1971, p. 113, nota 7; también ROXIN, *Gedanken zum «Dolus generalis»*, en *Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Württenberger zum 70. Geburtstag* (Württenberger-F). Berlín, 1977, pp. 109-128, p. 123, nota 53.

(6) HERZBERG, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 85 (1973), pp. 867-892, p. 890 y nota 42: a pesar del error, el sujeto sigue dominando el curso de los acontecimientos (es «Herr des Geschehens»).

(7) Sobre lo significativo y criticable de esta expresión volveremos más adelante.

(8) Evidentemente, siempre que el objeto que se pretendía lesionar gozara de protección penal. Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 74 y 75; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 417 y 419; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, núm. 80. En la doctrina española vid., por ejemplo, CEREZO, *Curso*, pp. 433 y 435. Sin embargo, es de todos conocido que, en nuestro país, algunos de estos casos de error in persona y aberratio ictus han venido siendo discutidos dentro del núcleo de problemas de la preterintencionalidad. Vid., sumariamente, sobre el tema de los errores que implican preterintencionalidad, MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 432-433. Afortunadamente, al ser derogados los antiguos artículos 1, 3.º y 50 C. p. por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, ha desaparecido la mayor parte de los problemas relativos a este punto, específicamente español. Sobre el alcance de la reforma puede verse la descripción de ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código Penal*, en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1983-3, p. p. 1059-1073.

Más conflictiva es la cuestión cuando los objetos gozan de una protección penal equivalente. Con todo, respecto al «error in obiecto», hoy *casi nadie* duda que, cuando el objeto efectivamente lesionado y el que el sujeto, por *error en su identidad*, creía estar lesionando, son *equivalentes desde la perspectiva típica*, hay que castigar por delito doloso consumado (9). Pero nada de eso sucede con la «aberratio ictus» (10).

3. Sobre la «aberratio ictus» en los casos de equivalencia típica de los objetos en consideración se discute precisamente si da lugar al castigo por delito doloso consumado. El resultado de esta polémica, ya centenaria en Alemania (11), pero que ha reverdecido en los últimos años, es una doctrina dominante en aquel país contraria a la citada solución; no obstante lo cual, existe una importante postura minoritaria con argumentos de peso en casos límite. En España hemos asistido en los últimos años a la progresiva quiebra de una constante doctrina favorable a la tesis del delito consumado (12). Y es posible que recién

(9) MEZGER, *Tratado*, II, p. 118; WELZEL, *Strafrecht*, p. 75; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82; en España es ésta también la doctrina unánime: por todos, CEREZO, *Curso*, p. 433. Una antigua doctrina alemana proponía la resolución de estos casos de error in obiecto por la vía de castigar por delito intentado en eventual concurso con otro imprudente; es decir, el criterio hoy dominante para la aberratio ictus con equivalencia de objetos. La referencia a dicha doctrina es halla en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo III. Der Irrtum. Leipzig 1918 (Reprint Aalen 1965), pp. 194 y ss.

Sin embargo, no por ello resulta menos sorprendente el reciente intento de HERZBERG de defender la citada solución de la tentativa para *algunos casos de error in obiecto* con equivalencia típica de los objetos de la acción. La razón sería que, pese a la mencionada equivalencia típica, el «hecho» realizado es completamente distinto al que el sujeto había imaginado. Por ejemplo, cuando un corto de vista destroza una porcelana de su vecino creyendo dar una paliza aun supuesto perro de aquél (ambos hechos constitutivos de daños del par. 303 StGB): HERZBERG, *Aberratio ictus und error in obiecto*, en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), 1981, pp. 369-374 y 470-475, p. 474. Sobre esto volveremos más adelante.

(10) Cuando, de aquí en adelante, se hable de error in obiecto o aberratio ictus nos referiremos, salvo que otra cosa se indique, *sólo* a los supuestos de equivalencia típica de objetos.

(11) LISZT, *Lehrbuch des Strafrechts* 2.ª ed., Leipzig-Berlín, 1884, p. 163. nota 10, cita, como de su misma opinión favorable a la tesis del delito consumado a Wächter, Köstlin, Buri y Ortmann. Reconociendo, no obstante, que la doctrina dominante desde Feuerbach acoge la tesis opuesta. El mismo LISZT, en la 21-22.ª edición de su *Lehrbuch* —Berlín, Leipzig 1919— añade que su opinión se ve avalada por la doctrina del Derecho común y otros autores: Beling, Frank, Allfeld, M. E. Mayer (p. 171, nota 6). BEMMAN, *Zum Fall Rose-Rosabl*, en *Monatschrift für Deutsches Recht* (MDR), 1958, pp. 817-822, p. 818, cita junto a esos nombres los de Hälschner v. Weber, Kohler, Finger y otros muchos. Pero el propio Bemman, ibídem, alude, como partidarios de la tesis dominante, a Berner, Hippel, Zachariá, H. Mayer, A. Merkel, v. Bar, Wachenfeld, Lobe, P. Merkel, Engisch, Kohlrausch, Lange, Nagler, Dohna, Schröder, entre otros.

(12) Los orígenes de esta tesis se hallan ya en los comentaristas del s. XIX: puede verse, por ejemplo, en PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, 2.ª ed., tomo I, Madrid, 1856, pp. 81-82; DE VIZMANOS-ALVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1848, p. 13; GROZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1902, pp. 55-56; VIADA, *Código Penal reformado de 1870* tomo I, Madrid, 1926, pp. 40 y 42. De otra

tes acontecimientos legislativos provoquen otro tanto en una asimismo monolítica jurisprudencia, cuyo origen quizá se halle en una errónea interpretación de un enunciado legal (13). Nos hallamos, pues, en un momento oportuno para revisar las doctrinas sobre la aberratio ictus y determinar cuál parece preferible. Este propósito exigirá: a) relacionar el problema con aquéllos que les son limítrofes (error in obiecto, desviaciones causales, supuestos de dolo alternativo, etc.); y b) situar su solución en el marco de los principios generales de la imputación del resultado.

II

«Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al árbitro y lanza su puño contra el rostro de éste, pero no resulta lesionado el juez de la contienda sino otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión» (14). ¿Cómo resolver casos de esta estructura y otras similares? La situación actual del debate doctrinal puede exponerse del siguiente modo (15):

a) Solución de la tentativa (doctrina dominante en Alemania). La doctrina alemana sostiene que en casos de esta configuración hay que afirmar la existencia de un *delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente* (16). Tal es también la opinión de un *ya importante* sector de la doctrina penal de nuestro país (17).

opinión, sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, p. 209.

(13) Me refiero concretamente a la derogación del art. 1, 3.º C. p. por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Dicho art. 1, 3.º C. p. ha venido siendo citado con frecuencia en los Considerandos que el TS ha destinado a fundamentar la solución del delito doloso consumado en los casos de aberratio ictus. Por ejemplo, la STS de 5 diciembre 1974 (A. 5085).

(14) Supuesto de hecho de la STS 22 en 1979 (A. 128).

(15) Como descripción del estado de la cuestión en Alemania, es digna de mención la extraordinaria síntesis de HERZBERG, JA, 1981, pp. 369 y 370.

(16) BINDING, *Normen*, III, pp. 220 y 223-224; MEZGER, *Tratado*, II, p. 125; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I (trad. y notas Córdoba Roda), Barcelona, 1962, p. 345; BEMMAN, MDR, 1958, pp. 818-819; BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 120; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung* en ZStW 89 (1977), pp. 649-705, p. 650, nota 5; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, Berlín, Bonn, München, 1981, p. 104, núm. 284; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. Tübingen, 1982, p. 205, núm. 55; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín-New York, 1983, p. 10; HERZBERG, ZStW, 85 (1973), pp. 867 y 889.

(17) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, II, pp. 208 y 209, nota 12; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 603; CERESO, *Curso*, pp. 435-436; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, vol. III, Valencia, 1982, p. 245. Con la variación, propia de nuestro Derecho, de que el delito pueda ser intentado o frustrado. En Argentina sostienen este punto de vista ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Buenos Aires, 1981, pp. 327-328, y NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, p. 406, entre otros.

b) Solución de la consumación (doctrina tradicional en España).— Una postura minoritaria, pero importante, mantiene en Alemania que es preciso estimar en todos estos casos la presencia de un delito doloso consumado y no tratarlos de modo diferente a los de error in obiecto irrelevante (18). Adoptando tal criterio, esta corriente coincide, al menos en las conclusiones relativas a la penalidad, con la que es doctrina tradicional en España (19), ciertamente hoy en trance de superación por nuestra ciencia bajo la influencia alemana (20), pero aún sostenida con práctica unanimidad por la jurisprudencia del TS (21). También es ésta la doctrina dominante en Italia, aunque claramente determinada por razones legislativas (22).

c) Soluciones diferenciadoras.—Algunos autores, en Alemania, lejos de adherirse a una u otra posición extrema, han intentado construir *criterios diferenciadores*, en virtud de los cuales someter a distintos tratamientos jurídicos varios grupos de casos dentro de la aberratio ictus. Por lo que parece, han quedado convertidos en planteamientos

(18) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 26.^a ed., 1, Band. Einleitung und Allgemeiner Teil, Berlín-Leipzig, 1932, pp. 269-270; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.^a ed., Tübingen, 1931, par. 59, III, 2c; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en ZStW, 77 (1965), pp. 1-37, p. 5; LOEWENHEIM, *Error in obiecto und aberratio ictus*, en Jus, 1966, pp. 310-315, p. 315; PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1981, pp. 1-20, p. 20.

(19) Vid supra nota 12. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, tomo I. Parte General, Madrid, 1949, pp. 213-214; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, I, 5.^a ed., Madrid, 1950, pp. 282 y 286; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, Buenos Aires, 1962, pp. 655 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1963, p. 314; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General, vol. I, 18.^a ed., 1980, pp. 458-459.

(20) Vid supra nota 17.

(21) Cfr. STS 27 oct. 1883: «no puede menos de reputarse maliciosa la acción, aun cuando por accidente imprevisto haya resultado lesionada otra persona que aquélla a quien se propuso ofender»; STS 19 dic. 1888: «siendo intencional y malicioso el acto de intentar herir con una navaja un individuo a otro con quien a la sazón reñía, no puede dudarse que aunque el daño recayera en distinta persona de la que se proponía ofender, cometió de propósito y con voluntad un hecho punible». Esta línea no se interrumpe: STS 30 abril 1896; STS 5 febrero 1897; STS 31 diciembre 1904; STS 22 junio 1963 (A. 3037); STS 15 junio 1971 (A. 2873); STS 5 diciembre 1974 (A. 5085); STS 27 septiembre 1978 (A. 2915); STS 22 en 1979 (A. 128) y STS 19 octubre 1981 (A. 3668).

(22) Cfr. los artículos 60 y 82 del Código penal italiano. El primero se refiere al error in persona y el segundo a la aberratio ictus. También esta última se considera irrelevante en Italia, en tanto no constituya una «aberratio delicti» (art. 83 C. p. italiano). La doctrina dominante italiana se inclina por la irrelevancia de la diversidad del sujeto ofendido, tratándose de «ofensas» o resultados iguales a los pretendidos. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 9.^a ed. (por L. Conti), Milano, 1982, p. 365; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5.^a ed., vol. 2 (por Pisapia), Napoli, 1982, pp. 65-66; BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, 11.^a ed., Padova, 1982, pp. 504 y ss. También PATRONO, *Rilievi sulla c. d. Aberratio ictus plurilesiva*, en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale* 1973, pp. 86-104, p. 87. En sentido contrario a esta corriente se pronuncia, p. ej., LEONE, *Il reato aberrante (Ristampa inalterata)*, Napoli, 1964, p. 72.

individuales sin mayor eco. Esto puede decirse del criterio *subjetivista* de la «realización del plan del autor» de Roxin, construido fundamentalmente para los supuestos de *dolus generalis*, pero aplicable también, según su creador, a los de aberratio ictus que nos ocupan (23). Otro tanto respecto al criterio *objetivista* de la «equivalencia material» de Hillenkamp (24). Finalmente, también cabría incluir aquí la reciente propuesta de Herzberg. En concreto, por la corrección *valorativa* que se introduce, en casos límite, en el criterio dogmático de consecución del objetivo (Zielerreichung) en sentido *externo-mecánico* (25).

Este último criterio que el autor desarrolla como principio general de la distinción entre *error in obiecto* y *aberratio ictus*, se hallaría, según parece, en la línea de la doctrina dominante alemana, aunque con otra fundamentación.

En lo que sigue, analizaremos los argumentos con que se sostienen las diferentes posturas doctrinales.

III

1. El *argumento básico* de la postura minoritaria alemana y nuestra doctrina tradicional es el consistente en sostener la *suficiencia*, para la imputación de un hecho como doloso, de un dolo referido tan sólo a las *propiedades típicas* del objeto de la acción (26). La idea se ha plasmado gráficamente en expresiones como la de que «se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado» o similares (27), que, si bien son más usuales en la justificación de la irrelevancia del error in obiecto, se extienden por esta corriente a los casos de aberratio ictus. Ello se fundamenta de diversas formas (28). Sin embargo, la más extendida y consecuente es la siguiente: en los tipos se protegen los bienes jurídicos (ej., la vida humana) como género (29). En su configuración,

(23) ROXIN, *Würtenberger-F*, p. 123; en sentido similar RUDOLPHI, *Literaturbericht*, en *ZStW*, 86 (1974), pp. 68-97, p. 96.

(24) HILLENKAMP, *Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen, 1971, pp. 102, 113 y ss., 125 y ss.

(25) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. También JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 247-248, núms. 80 y 81, ofrece un criterio distintivo.

(26) Por todos, PUPPE, *GA*, 1981, pp. 3 y 20; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, pp. 313 y 315.

(27) P. ej. GROIZARD, *El Código Penal*, I, p. 55: «quiso matar a un hombre y un hombre ha muerto: éste es su delito».

(28) Cfr., por ejemplo, la de PUPPE, *GA*, 1981, p. 12 y la de LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, pp. 313 y 314.

(29) PUPPE, *GA*, 1981, p. 12; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; MEZGER, *Tratado*, II, p. 118; QUINTANO, *Curso*, I, p. 314, que hace referencia a que el bien jurídico es la vida de la persona en abstracto; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, p. 213; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger*, II, pp. 118-119. STS 19 octubre 1981 (A. 3668): «lo que pretende el legislador en el tipo concreto de las lesiones, es proteger la *integridad e incolumidad física y corporal de la persona humana en abstracto*, resultando por tanto irrelevante que se trate de uno u otro

se hace abstracción de las cualidades del objeto que no son significativas desde la perspectiva típica. Para que dé un delito doloso basta, así, con que el dolo abarque las cualidades del mismo determinantes de la tipicidad del hecho. Ej.: en el homicidio, sería, según esto, cualidad típica por excelencia el que el objeto sea soporte del valor «vida humana (independiente)», que constituiría el bien jurídico protegido. Pues bien, el error in objeto y la aberratio ictus constituirían modalidades de error sobre *cualidades extratípicas* y carecerían de relevancia alguna (30). La única diferencia entre ambos radicaría en que en el error in objeto se yerra en la *identidad* del objeto de la acción, mientras que en la aberratio ictus el error recae sobre la *posición* de éste en el *espacio* (31). Pero también aquí «se quería matar a un hombre y se ha matado a un hombre».

A la vez, se pondría con esto de relieve que *un sector* de la doctrina dominante se halla en contradicción consigo mismo (32). Pues dicho sector argumentaría la irrelevancia del error in objeto sosteniendo la suficiencia de un dolo referido sólo a las cualidades típicas. En cambio, en la aberratio ictus prescindiría de tal criterio, negando la solución de la consumación.

2. La posición minoritaria alemana y tradicional en España se basa en una discutible *concepción* del dolo. Pero es difícil oponerse a ella por *razones lógicas*, pese a los intentos habidos (33). Ninguno de ellos puede objetar nada al irreprochable argumento de Puppe de que si se quiere matar a quien se apunta, entonces se quiere matar a «un hombre» (se quiere realizar el tipo de homicidio) (34). Más bien se oponen a una hipotética segunda parte del razonamiento, según la cual se diría que quien quiere matar a «un hombre» (por querer matar a quien encañona) y resulta que falla y mata al que se interpone, realiza *exactamente* lo que quería. Aquí sí serían justas las críticas de Herz-

individuo, siempre que se refiera a un ser vivo, lo que no hace perder al hecho su carácter de voluntario» (caso en el que se quiere lesionar a una persona con varios golpes, uno de los cuales afeca a otro individuo). Cfr. la descripción que de este argumento da HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 877.

(30) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2 y 4. «Error accidental» lo llama CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I*, I, p. 445. En el mismo sentido STS 23 abril 1934 (A. 676): «no altera la calificación jurídica del hecho, pues el error sobre el sujeto pasivo es de naturaleza accidental y no destruye el carácter criminal del hecho».

(31) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2 y 9-10; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 311, plantea la diferencia en otros términos: identidad y curso causal, que coinciden más con el lenguaje usual en la corriente dominante.

(32) Así, MEZGER, *Tratado*, II, p. 118 y 125. WELZEL, *Strafrecht*, p. 73, les reprocha tal contradicción. Efectivamente, como ponen de relieve BEMMAN, *MDR*, 1958, p. 818; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 313; y BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114, si se parte de la suficiencia del dolo genérico en el error in objeto, no puede sostenerse lo contrario para la aberratio ictus. El grueso de la doctrina dominante debe de haberlo comprendido así, porque en los últimos tiempos no se aprecian formulaciones como la de Mezger en ningún autor representativo de la misma.

(33) Entre otros, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 878; NINO, *Los límites*, p. 406; BEMMAN, *MDR*, 1958, p. 817-818.

(34) PUPPE, *GA*, 1981, p. 11: se trata de una *relación* lógica contra la que tampoco valen argumentos psicológicos; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 312.

berg (35) o de Nino (36). Pero esto supone entrar en un terreno psicológico en el que la postura criticada nunca se ha sumido. Antes bien, ha sostenido con claridad la suficiencia de esa no plena coincidencia (en lo psicológico), característica del *dolo genérico*, para la imputación dolosa (37). De ahí que tampoco las objeciones de Hillenkamp, basadas en argumentos empíricos, sean definitivas (38). Desde luego, concluye: 1) que el llamado «dolo genérico» (39) no existe en la mente separado de la representación del objeto que se quería alcanzar en sí; 2) que el dolo no recae sobre el *género* sino sobre un objeto concreto, acerca del que, además de su configuración fenomenológica, se conoce su pertenencia a un determinado grupo; y 3) que, en fin, no se puede decir que en estos casos se produzca una relación psicológica con el objeto efectivamente alcanzado (40). No obstante lo cual, ha de reconocer que en el sujeto se da realmente un conocimiento de la pertenencia del objeto al género típico (41). De ahí que, en mi opinión, lo problemático no radique en la *existencia*, sino en la suficiencia de ese «dolo genérico» para la imputación de un hecho como doloso (42). Si se rechaza la teoría de la consumación, será entonces no por razones lógicas ni psicológicas, sino *normativas*. En consecuencia, es preciso proceder a analizar con criterios de esa índole qué grado de congruencia debe concurrir entre la realización objetiva del tipo y el dolo para que pueda hablarse de un hecho doloso consumado (43).

3. Existe un amplio acuerdo doctrinal en concebir el dolo como el «conocer y querer la realización típica» (44). Sin embargo, en este

(35) ZSfW, 85 (1973), p. 878: alude al vicio lógico de la «quaternio terminorum».

(36) *Los límites*, p. 406.

(37) PUPPE, GA, 1981, p. 3: aquí apunta que le parece claro que en la aberratio ictus no se quería lesionar el objeto concretamente lesionado. Pero si se quería lesionar a un objeto del género y se lesiona efectivamente uno, se dan los requisitos de la imputación dolosa.

(38) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 91 ss.

(39) Es decir, la representación de que el objeto pertenece al género típico.

(40) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 98. El problema de adoptar una perspectiva psicológica se halla en la dificultad de afirmar que se dé una relación de tal carácter en los casos de «error in obiecto irrelevante». De ahí que parezca conveniente partir de otros puntos de vista.

(41) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 97: La pertenencia al género típico es, por lo menos, elemento abarcado por la «co-consciencia»; lo que determina que sea cierto que el que quiere matar a Fulano quiere matar a *un hombre*. Pero advierte que esto no supone la existencia de una relación de conocimiento y voluntad (general y abstracta) con cualquier objeto del género.

(42) Sólo en este sentido puede aceptarse la vieja argumentación de la doctrina dominante alemana de que la minoritaria se basa en el establecimiento de una *fiction de dolo*. Sobre esto cfr. BEMMAN, MDR, 1958, p. 818.

(43) Que, en el fondo, el problema es éste lo reconoce indirectamente incluso HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 99 cuando señala que la coincidencia en el plano de la «Gattungsvorstellung» (representación del género típico) es una vaga congruencia que no justifica hablar de dolo. A la idea de congruencia como fundamental hacen referencia HERZBERG, JA, 1981, p. 372, y BACKMANN, JuS, 1971, p. 117.

(44) WELZEL, *Strafrecht*, p. 64; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 398; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8, que incluye sólo el «conocer»; PUPPE, GA, 1981, p. 4.

punto terminan las coincidencias. La tesis de la consumación entiende tal definición en el sentido de que el contenido del dolo *lo da el tipo* y sólo éste. A partir de ahí, considera que la suficiencia del *dolo genérico* para la imputación dolosa se deriva de la *redacción abstracta* de los tipos legales (45). Este argumento debe ponerse en relación con la afirmación, más arriba recogida, de esta misma corriente, en el sentido de que en el tipo de homicidio (por ej.) se protege la *vida humana en abstracto* (46). Pues así se efectúa una consideración material que desborda el plano formal inicialmente mantenido. El razonamiento, en su doble vertiente, es susceptible de crítica.

Por un lado, en lo formal, el carácter abstracto que reviste la descripción del objeto en los tipos legales se justifica por la necesidad de describir lo «típico» de una pluralidad de casos, lo que impide la individualización (47). Derivar de este recurso de técnica legislativa consecuencias materiales relativas al objeto del dolo parece aventurado. En cuanto al argumento material, evidentemente parte de una concepción del bien jurídico como *valor*. Si lo decisivo es el *valor «vida»*, bastará con que el dolo del sujeto abarque el hecho de que su conducta se dirige contra ese *valor*. Y si el *valor* resulta lesionado, nos hallaremos ante un delito doloso consumado. Que el valor se lesione por la muerte de A, a quien se apuntaba, o de B, que se encontraba junto a él, es, a estos efectos, indiferente. La diversidad de objetos materiales dentro de un mismo valor es, para esta postura, irrelevante. La doctrina dominante alemana sostiene, frente a esto, la relevancia de la circunstancia de alcanzar a un objeto o al que se encontraba junto a él. Pero, como más adelante veremos, los argumentos que esgrime no acaban de convencer. Una crítica coherente de la opinión minoritaria en aquel país en este punto sólo podrá hacerse desde una concepción diferente de bien jurídico. En concreto, entendiéndolo —como hace Mir Puig— que el Derecho debe proteger realidades concretas y no valores abstractos. De aceptarse esto, habrá que convenir que bien jurídico es, no un valor, sino una *realidad empírica* aunque, eso sí, *contemplada en su valor funcional de bien para el Derecho* (48). El tipo de homicidio no protege, pues, el *valor vida*, sino *vidas concretas, empíricas*, existentes realmente en unas coordenadas espacio-temporales, en *cuanto que valiosas para el Derecho*. Esta perspectiva, al poner en estrecha conexión objeto de la acción y bien jurídico, permite arrojar nueva luz sobre los problemas de aberratio ictus y rechazar la tesis del «*dolo genérico*». La postura que más adelante trataremos de defender se basa en ella como uno de sus pilares fundamentales.

(45) Así, PUPPE, GA, 1981, p. 12, y los demás autores citados en nota 29.

(46) Vid. supra y nota 29.

(47) LOEWENHEIM, JuS, 1966, p. 313; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 24.

(48) MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Vid. también su «Objeto del delito», en NEJ Seix.

También parece posible refutar los demás argumentos con que se pretende defender la teoría de la consumación sobre la base del dolo genérico. Así, el de que hay casos en que un dolo general es suficiente para la imputación dolosa de un hecho (ej., cuando se lanza una bomba hacia un grupo de personas, sin individualizar a las víctimas), por lo que no se vería la razón de que en la aberratio ictus fuera de otro modo (49). En este razonamiento se mezclan dos planos que, en sí, no tienen nada que ver: el de lo *abstracto* y el de lo *concreto no individualmente determinado*, sino *expresado alternativamente*.

El que dispara a una multitud de personas un solo tiro, siéndole indiferente a quien alcance, no es que quiera matar al «hombre en abstracto», sino que quiere matar a un *hombre cualquiera*, no individualmente determinado (sino alternativamente: «uno cualquiera de los pertenecientes a la manifestación», p. ej.), *de los allí presentes*. Se tratará, pues, en todo caso, de un supuesto de *dolo alternativo*. Aquí concurre, pues, «algo más» que el mero «dolo genérico» dirigido a lesionar el «valor vida»: sea cual sea el alcanzado (de los sujetos que allí estaban), se le habrá querido matar. Además, en cuanto al ejemplo de la bomba en concreto, es preciso tener en cuenta que en él surgen problemas diferentes (*dolo cumulativo* con indeterminación cuantitativa), en absoluto similares a los del «dolo genérico» y su posible suficiencia de cara a la imputación dolosa en la aberratio ictus (51).

Tampoco basta con alegar que la solución de la consumación es la más satisfactoria en ciertos supuestos especialmente complicados.

Se ha hecho referencia a que tal postura es la que mejor resuelve los casos de error in obiecto del instrumento o inducido que redundan en aberratio ictus del autor mediato o inductor. Hasta el punto de que los autores que defienden en teoría la solución de la tentativa renuncian a ella para estos problemas, aplicando en la práctica la tesis de la consumación (52). A esto cabe objetar: 1) Que no es evidente, ni mucho menos, que *en todos* los casos que responden a ese esquema haya que castigar al «hombre de detrás» por delito

(49) LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 313; PUPPE, *GA*, 1981, pp. 12-13; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 88-89.

(50) Sobre el *dolo alternativo*, es básica la investigación de JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus*, en *ZStW*, 95 (1983), pp. 565-605, que se citará repetidamente, al ocuparnos de las diferencias de estos supuestos y los de aberratio ictus.

(51) Cfr. HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 371-372, sobre la distinción entre la delimitación cuantitativa y la concreción del dolo en estos casos del llamado concurso ideal homogéneo. En contra de Loewenheim, si bien desde óptica diferente a la nuestra, BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116, que argumenta con el conocimiento que se tiene de los cursos causales. Sobre la distinción entre aberratio ictus, dolo alternativo y dolo cumulativo, vid. *infra* y JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 584, nota 29.

(52) LOEWENHEIM, *JuS*, 1966 pp. 314-315.

consumado, y 2) Que también hay casos en los que la postura de la consumación encuentra problemas: ej., A dispara contra B para matarlo, pero falla, pues sólo le lesiona al rozarle, alcanzando, en cambio mortalmente, a C, que estaba al lado.

4. Ninguno de los argumentos positivos que la tesis de la consumación alega en su apoyo es, pues, definitivo. Pero todavía resta uno de cariz negativo. En él funda en última instancia Puppe su opinión favorable a la suficiencia de un dolo genérico, siempre que el curso causal se mantenga dentro de lo previsible (53), para la imputación dolosa. Se trata de lo siguiente: Para Puppe, es a la doctrina dominante —en Alemania— a la que corresponde fundamentar por qué en la aberratio ictus se rompe la regla general que señala que el objeto del dolo lo determina el tipo (con el complemento de que el curso causal sea adecuado). En definitiva, es dicha doctrina la que tiene que justificar por qué trata de modo diferente el error in obiecto y la aberratio ictus (54). Y, siempre según esa autora, la doctrina mayoritaria alemana no logra convencer en la defensa de su postura. Partiendo del inicial acuerdo sobre el contenido del dolo, al que al principio hacíamos referencia, considera la aludida tesis dominante en Alemania que el sujeto ha de conocer los elementos típicos presentes (acción) y prever en sus rasgos esenciales los futuros, es decir, el resultado y el curso causal (55). Esto supone otra interpretación del principio de que el contenido del dolo lo da el tipo. Según dicha interpretación el objeto del dolo no es la realización típica en abstracto, sino *la realización de una conducta* (56) que cumple el tipo. Dicho de otro modo, es el *hecho concreto* en tanto que relevante según el tipo objetivo (57). Como se verá a continuación, también esta postura, en su desarrollo, puede ser objeto de crítica. La razón fundamental es que, partiendo de que el objeto del dolo es el «hecho concreto», no explica por qué basta detenerse en un determinado grado de detalle para estar ante «ese hecho». En particular, no logra exponer convincentemente por qué en los casos de error in obiecto y desviaciones causales (dentro del marco de lo previsible) y el sujeto *ha conocido el hecho concreto* y puede ser castigado por delito doloso consumado, y, en cambio, en la aberratio ictus no.

5. *Error in obiecto* y *aberratio ictus* (58) pueden tener, en principio, como factor común, la falta de correspondencia entre la repre-

(53) Esta exigencia de que el curso causal no haya sido imprevisible, es decir, que se haya mantenido dentro de lo adecuado, es la única que Puppe acepta como complemento del dolo genérico para la existencia de un delito doloso consumado. Sobre ello vid. infra aquí y PUPPE, GA, 1981, p. 20 (p. ej.).

(54) PUPPE, GA, 1981, p. 4.

(55) WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 398 y 417; CERREZO, *Curso*, p. 426. Lógicamente, nos estamos refiriendo a delitos de resultado: cfr. BACKMANN, *Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum*, JuS, 1972, pp. 196-199.

(56) No es el «tipo»: HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8, nota 14.

(57) HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8.

(58) Dejamos, de momento, de lado las desviaciones causales, de las que, por lo demás, se podría decir lo mismo.

sentación mental del sujeto y el resultado efectivamente producido (59). En un caso porque, aun realizando el mismo tipo, el resultado se produce en un objeto diferente a aquél contra el que el sujeto dirigió su conducta. En el otro, porque la identidad o naturaleza del objeto contra el que el sujeto se dirige y lesiona, no es la que éste se había representado. Sin embargo, estas discrepancias, de por sí, carecerían de significado por afectar a propiedades extratípicas, es decir, irrelevantes desde la perspectiva del tipo (60). La realización típica no se ve afectada por el hecho de que el sujeto realice o no sus representaciones previas, finalidades subjetivas o deseos. Todo ello podría hacer pensar que es Puppe quien tiene razón y que ambos casos deben recibir idéntico tratamiento: el de delito doloso consumado (61). Sin embargo, la doctrina dominante alemana fundamenta su distinción desde otra perspectiva. Para la misma, el dolo no es la representación previa del sujeto. Su objeto es el proceso externo, el efectivo curso lesivo (62). Pues bien —siempre según esa doctrina— si se contempla la ejecución como proceso externo, en el error in obiecto es posible observar una perfecta congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo: se da donde se había apuntado. En esos supuestos se realiza el fin del sujeto en *sentido externo-mecánico* (63). En definitiva, concurriría en ellos algo más que el «dolo genérico» que la postura minoritaria alemana considera suficiente para los casos de aberratio ictus. Eso justifica que se castigue por delito doloso consumado. Tal solución es, en cambio, imposible en los supuestos de aberratio, pues en ellos falta la congruencia objetivo-subjetiva. La base de la incongruencia se halla en la producción de una desviación que determina que se alcance a un objeto distinto del que se atacaba. Y esas consideraciones permitirían aplicar aquí la solución de la tentativa.

(59) También HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 30, ve una posible similitud entre error in obiecto y aberratio ictus en que ambos lesionan «un objeto que no se corresponde con el del mundo motivatorio del sujeto».

(60) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 371. PUPPE, *GA*, 1981, p. 2. Referido sólo al error in obiecto, BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82. Ambos serían pues, en este punto, errores «en los motivos». Pero en la aberratio ictus la desviación se produce también en otros aspectos. Sin embargo, contra la visión del error in obiecto como mero error en los motivos, KRÜPELMANN, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW*, 1978, pp. 6-68, p. 23, nota 64.

(61) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 4, 6, 10. Otra posibilidad de tratamiento jurídico único para ambos se realizaría si también en los casos de error in obiecto irrelevante se aplicara la «solución de la tentativa». Sobre esta tesis, que defiende HERZBERG, *JA*, 1981, p. 474, para algunos casos, vid. supra nota 9 e infra, donde será criticada.

(62) Cfr. con independencia de discrepancias en relación al contenido concreto, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 875; BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115: el contenido del dolo no es de naturaleza estática, sino dinámica; también BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 398 y 417; WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 214 y 240, entre otros muchos.

(63) En este sentido BACKMANN, *JuS*, 1971, pp. 114, 115 y 120; HERZBERG, *JA*, 1981, p. 472.

Hasta qué punto es así, lo pone de relieve un ejemplo de Binding. Dada una *aberratio ictus*, hay que hablar de ausencia de delito doloso consumado incluso en los casos en que la desviación del golpe se produce tras un error: así, cuando el autor toma a su hermano B por el rival A, apunta a aquél pero tira mal y da a éste, que estaba al lado (64). Aquí el resultado finalmente producido coincide con la representación inicial del sujeto; dicho de otro modo, éste ha realizado su fin. Pero hay que negar que haya un delito doloso consumado. Pues no se alcanzó dolosamente al rival, sino por una desviación causal que determinó que el impacto afectara a un objeto diferente a aquél contra el que el sujeto dirigió dolosamente su conducta.

Para Puppe (65) esos argumentos siguen sin justificar la tesis dominante de la distinción de tratamiento entre *aberratio ictus* y error in obiecto. Todo ello le parece atribuir significación a una propiedad del objeto (la posición en el espacio), negándosela a otra (la identidad) y distinguiendo así donde la ley no lo hace. En su opinión, todo lo demás depende de esto. Si la identidad del objeto se introduce como elemento del curso causal, resulta que el sujeto, en los casos de error in obiecto, desde el principio ha perdido el dominio del curso causal. Y está por probar por qué esa identidad no puede introducirse y sí la posición del objeto en el espacio. La doctrina dominante alemana, desde luego, no lo consigue.

6. Otro de los aspectos discutibles de la postura mayoritaria alemana resulta de la puesta en relación de *aberratio ictus* y *desviaciones causales*. Entre ambas existen evidentes similitudes. Efectivamente, en toda *aberratio ictus* se produce una desviación causal (66). La diferencia con respecto a las desviaciones causales «normales» (67) radica, ni más ni menos, en que el golpe, desviado, no afecta al mismo objeto «de modo diferente», sino a otro típicamente equivalente. Según expresiones usuales, en un caso se produce el resultado que quería el sujeto, aunque de forma distinta, y en el otro un resultado que éste no quería, aunque sí perteneciente al mismo tipo que él quería. Estas diferencias son valoradas de modo diverso por los autores: para unos son decisivas en orden a distinguir los respectivos tratamientos jurídi-

(64) BINDING, *Normen*, III, p. 223, distingue claramente entre «Vorentschluss» y «Tatwille». A un ejemplo similar a éste hace referencia BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114, nota 8.

(65) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2, 7 y 8.

(66) Lo reconoce incluso PUPPE, *GA*, 1981, p. 14; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 311; por supuesto BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115; HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 374 y 472, nota 37: el caso extremo sería aquel en que se alcanza a otro objeto en el mismo lugar en el que se encontraba la pretendida víctima (ej. el salvador se coloca en su lugar y resulta alcanzado). Lo que tampoco modifica la valoración hecha.

(67) HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 11: A dispara contra B para matarle, errando el disparo. Pero éste asusta a una manada de caballos que se encontraba junto a B; éstos, espantados, lo aplastan en su carrera, causándole la muerte.

cos (68); para otros son irrelevantes, con lo que se abre la posibilidad de someter las aberraciones ictus y las desviaciones causales «tradicionales» a criterios comunes (69). En todo caso, pese a las importantes discrepancias, subsisten algunos puntos de acuerdo, que conviene examinar en primer lugar. Condición previa es, sin embargo, fijar con claridad los dos niveles en que se va a mover de ahora en adelante la discusión: a) el de la imputación objetiva del resultado; ésta se produce en virtud de criterios normativos superpuestos a la constatación de la causalidad (70), pero *objetivos* (relación entre la conducta y el resultado), es decir, independientes, en principio, de la relación actual del sujeto con su conducta; b) el de la imputación del hecho (consumado) como dolosamente realizado, que, obviamente, hay que decidir en base a la aludida congruencia objetivo-subjetiva.

7. Para tratar los problemas de congruencia entre el dolo y la realización objetiva del tipo, es preciso decidir previamente cuándo se da tal realización objetiva del tipo del delito consumado, es decir, cuándo se puede imputar objetivamente el resultado a la conducta del sujeto. Reina acuerdo en que no basta con la mera causación de un resultado. Todas las posturas, incluida la minoritaria alemana sobre la aberratio ictus, exigen *para la imputación objetiva*, tanto en los casos de aquélla como en los de las desviaciones causales, que la conducta apareciera ex ante como *adecuada* (71) para la causación del resultado efectivamente producido. Si para el espectador objetivo ex ante con los conocimientos especiales del autor no era previsible (previsibilidad objetiva) (72) la producción del resultado por medio de esa conducta: 1) Se habla —entre las desviaciones causales— de *desviación causal esencial*, que determina que no se responda por el resultado (73); 2) Lo mismo ocurre, según todas las corrientes, en la aberratio ictus (74). Los

(68) Por ejemplo, STRATENWERTH, *Strafrecht*, pp. 103-104, núms. 284 y 285; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 650, nota 5 y pp. 679-680, nota 138; en la práctica, toda la doc. dom.: JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 418-420; en España, CEREZO, *Curso*, pp. 429 y 435-436.

(69) Así, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 874.

(70) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 389-391; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 163 ss.

(71) Así, HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 92-93. Por la posición minoritaria sobre la aberratio ictus, FRANK, *Strafgesetzbuch*, par. 59, III 2c; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; PUPPE, *GA*, 1981, pp. 15-16. Hacen también referencia a la adecuación las STS 8 agosto 1904 y STS 8 julio 1933. Sobre la adecuación como criterio de imputación objetiva, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 664; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 386 ss. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 163, núm. 31.

(72) Sobre la previsibilidad objetiva, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471; ROXIN, *Württemberg-F*, p. 121. Enmarcándola en una concepción global del injusto, MIR PUIG, *La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal* en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (ADPCP), 1983, pp. 1-22, p. 11.

(73) Doctrina unánime: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418: normalmente sobre la base de la previsibilidad objetiva. CEREZO, *Curso*, p. 429, considera *inesencial* la desviación aun en casos de imprevisibilidad objetiva, siempre que el resultado producido esté comprendido en el *ámbito de protección* de la norma. Parece, sin embargo, difícil de entender cómo la norma puede pretender evitar lo que ex ante es imprevisible.

(74) Piénsese, por ejemplo, en el caso en que A dispara sobre B, fallando,

problemas de congruencia surgen una vez que el curso causal efectivo, si bien *previsible objetivamente* (por ser la conducta *ex ante adecuada* para producirlo) no ha sido abarcado por el dolo del sujeto. Estos son precisamente los casos de aberratio ictus cuyo tratamiento jurídico pretendemos estudiar; pero también pueden concebirse casos de esta índole en el seno de desviaciones causales normales, es decir, con un solo objeto.

8. La posición minoritaria alemana sobre la aberratio ictus estima suficiente la concurrencia de los requisitos de la imputación objetiva y el consabido dolo genérico para castigar por delito doloso consumado.

La conclusión de Puppe (75), que ya conocemos, es que el contenido del dolo lo da el tipo en abstracto, con algunas limitaciones, como la de que el curso causal no sea imprevisible. Porque si el curso causal no es previsible, no se puede hablar de dolo, sino de un deseo impío. Esta restricción, sin embargo no resuelve el problema de la congruencia (76). Piénsese, además, en la siguiente cuestión: la conducta es adecuada *ex ante* para producir el resultado efectivamente realizado: pero *ex ante* también lo es para dar lugar al resultado que el sujeto había querido producir en concreto. En lo subjetivo, es suficiente el *dolo genérico* y éste (por genérico: referido al valor abstracto) abarca ambas posibilidades. De todo esto resulta que la postura minoritaria alemana configura los casos de *aberratio ictus* como casos de *dolo alternativo*: el *dolo genérico* cubre cualquier posible alternativa de realización del tipo. Con ello se equiparan comportamientos que parece importante distinguir: 1) A dispara contra B y alcanza mortalmente a C, que se hallaba en las proximidades; A no había contado en absoluto con la posibilidad efectivamente realizada. 2) A dispara contra B y alcanza mortalmente a C, que se hallaba en las proximidades; A había advertido la seria probabilidad de que fuera C en lugar de B el alcanzado y, contando con ello, disparó. Sobre todo ello vid. *infra*.

Por su parte, la doctrina dominante de aquel país, pese a la adecuación de la conducta para la producción del resultado efectivo, excluye tal consecuencia siempre que el dolo del sujeto no abarcara el proceso real en toda su dimensión (77). Ello no sería más que una repercusión de las usuales declaraciones de principio, que hacen del curso causal, junto con la conducta y el resultado, objeto del dolo; al

pero matando a C del susto provocado *por la impresión* del tiro. Cfr. BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116.

(75) PUPPE, GA, 1981, pp. 16 y 20.

(76) Y parece, incluso, un elemento extraño en su esquema: Cfr. sobre ello BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116.

(77) Describe la postura dominante HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 867; por la misma vid. JESCHÉK, *Tratado*, I, pp. 419-420; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 10; cfr., además, nota 16.

menos, en opinión de doctrina abrumadoramente mayoritaria (78). Sin embargo, tales declaraciones se relativizan cuando se trata de establecer el régimen de las desviaciones causales que no excluyen la imputación objetiva («desviaciones inesenciales»). A consecuencia de ello, se estima que si la desviación era previsible según la experiencia general de la vida y no justifica otra valoración ético-jurídica del hecho, es *inesencial* y carece de toda relevancia, pese a que no fuera abarcada por el dolo (79). Así, lo que inicialmente se planteaba como un problema subjetivo (hablándose de «errores sobre el curso causal») deviene un mero problema de imputación objetiva (80); pues con las expresiones referidas no se alude a otra cosa que a la imputación objetiva del resultado a la conducta del sujeto. Esta «praxis» de la *doctrina dominante en relación con las desviaciones causales* reviste dos rasgos significativos: a) Sosteniendo, en *teoría*, que el curso causal es objeto del dolo, pasa a situarse, en la *práctica*, cerca de lo que afirma algún autor que entiende que no lo es (81); b) En aparente contradicción con lo que reconoce para la aberratio ictus, su tratamiento de las desviaciones causales *coincide* con el que la postura minoritaria propone para los casos de «aberratio». ¿Cuáles son los términos de esa coincidencia? Pues sostener que para el castigo por delito doloso consumado basta con querer realizar una conducta y que ésta fuera objetivamente adecuada para la producción del resultado efectivamente realizado. Aunque el sujeto no hubiera abarcado con el dolo la virtualidad de su conducta para producir ese concreto resultado.

(78) Por todos: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 398; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 81.

(79) Doc. do.: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418. Críticamente, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471 y *ZStW*, 85 (1973), p. 873; también, desde otra perspectiva, SCHROEDER, *Der Irrtum über Tatbestandsalternativen*, *GA*, 1979, pp. 321-328, p. 327; para este autor lo decisivo es la *idoneidad* del medio empleado por el autor. Si éste es idóneo, se responderá por el resultado aun en caso de realizaciones desafortunadas e imprevisibles.

(80) Para la aberratio ictus, lo dice claramente PUPPE, *GA*, 1981, p. 16. En cuanto a las desviaciones causales, desde perspectiva crítica, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471. En nuestro país, CEREZO, *Curso*, p. 428, dice: «Sólo una *desviación esencial* del curso causal puede dar lugar, por tanto, a una *exclusión del dolo*» y, a continuación, «creo que el carácter *esencial* de la desviación debe determinarse con arreglo a un criterio objetivo y que éste ha de coincidir con el de la *imputación objetiva*» (los subrayados son míos). Sobre esto, críticamente, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 876, nota 23 y p. 877. La inevitable conclusión es la irrelevancia de los *errores sobre el curso causal*, lo que contradice los principios que se sostienen en teoría y lo que se aplica en la aberratio ictus. HRUSCHKAI *Strafrecht*, p. 12, hace referencia también a que la perspectiva dominante mezcla la imputación objetiva y la subjetiva (dolo). WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 649 y 659, desde una postura personal diferente, también lo critica.

(81) Como es el caso de WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 653, 654, 664 ss., 673. El propio JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418 nota 74 a, reconoce que Wolter niega la figura misma del error sobre el proceso causal. Pero a su vez (p. 418) señala que, dándose la imputación objetiva, «la desviación del curso imaginado no excluye *normalmente* el dolo». Quedan aparte los casos abarcados por la fórmula de la distinta valoración ético-jurídica, de escasa trascendencia y de difícil aplicación en la práctica por su vaguedad: vid. el ejemplo de JESCHECK en p. 419.

9. Lo más llamativo de la anterior descripción es la diversidad de tratamiento, por la doctrina dominante, de los casos de aberratio ictus y de desviación causal. En principio no se entiende por qué lo que es suficiente en un caso para la imputación como hecho doloso consumado, no ha de serlo en el otro. Se han dado, por supuesto, argumentos para justificar tal distinción: que en un supuesto el sujeto alcanza su meta y en el otro, no (82); que en las desviaciones se recae, al fin y al cabo, en el mismo objeto, mientras que en la aberratio se alcanza a otro (83), etc. Ninguno de ellos convence del todo. La idea de *logro de la meta*, si es entendida subjetivamente, se excluye no sólo en los casos de aberratio ictus, sino evidentemente también en los de error in obiecto y, no en último lugar, en gran número de desviaciones causales (84). Además, el dolo, como voluntad de realización, puede concurrir respecto a resultados que, no sólo no constituyen realización de la meta o finalidad subjetiva del sujeto, sino que éste incluso siente o desaprueba (85). En cuanto al hecho de ser *otro objeto el alcanzado*, sería posible sostener que, en principio, si la conducta era adecuada ex ante para lesionarlo también, no existe fundamento para establecer una diferenciación (86). Una tal apreciación podría ser tachada de poco realista. La doctrina dominante alemana estaría en condiciones de señalar que el hecho de que resulte afectado otro objeto puede ser prueba de que el curso causal, aun previsible objetivamente, ha sido completamente diferente del que el sujeto se representó, lo que —según esa misma doctrina— bastaría para excluir la imputación dolosa (87). En cambio, en las desviaciones causales «normales», la divergencia —siempre que se mantuviera dentro de lo adecuado— sería mínima. El curso causal se habría configurado en forma muy similar a como el sujeto se lo representó (desviación inesencial), con lo que no concurrirían factores suficientes para excluir la imputación a título de dolo (88). Ciertamente, las cosas pueden ser así en gran número de casos. Pero es posible concebir otros tantos en que se producirá todo lo contrario.

(82) Por ej., JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 418 y 419; STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 103, núm. 284.

(83) Vid. nota anterior: la existencia de esta diferencia la reconoce HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 873.

(84) Como pone de manifiesto HERZBERG, *ZStW* 85 (1973), p. 871, en el 90 por 100 de las desviaciones causales tampoco se logra la meta («Ziel») del sujeto, pues es muy difícil que, dándose la desviación, las cosas acaben sucediendo exactamente como el sujeto quería.

(85) WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(86) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 873: si entra dentro de lo previsible y no justifica una distinta valoración del hecho.

(87) Fundamental BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 118, exponiendo la importancia del objeto de ataque como factor determinante de la causalidad.

(88) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418, lo expresa señalando que, cuando hay una adecuación ex ante (presupuesto de la imputación objetiva) «la desviación respecto del curso imaginado no excluye *normalmente* el dolo» (el subrayado es mío). Quizá normalmente sea así. Pero no se determina qué ocurre en los casos no normales ni cómo distinguir lo normal de lo que no lo es.

Piénsese en un caso de desviación causal como el citado en nota 67. Efectivamente, puede haber casos de estructura análoga a la de la aberratio ictus en los que, sin embargo, el sujeto, además del riesgo para A (a quien apunta), abarque con dolo eventual un riesgo para el tercero B, (afectado). A la inversa, puede concebirse una desviación causal en la que, pese a la adecuación ex ante de la conducta y que el resultado se produzca en el mismo objeto, el dolo del sujeto no se haya extendido al riesgo concretamente realizado.

Los criterios de la doctrina dominante alemana no parecen, pues, suficientemente explicativos para la pluralidad de situaciones que pueden darse. Ello hace preciso tratar de buscar nuevas fundamentaciones.

10. Otras posturas, partiendo de los presupuestos de la posición mayoritaria en Alemania, pero siguiéndolos además de modo radical, exigen la referencia del dolo al curso causal que determina la efectiva producción del resultado (89). Con ello, se pretende diferenciar claramente los dos niveles, el de la imputación objetiva y el de la congruencia del dolo con la realización objetiva del tipo. La única posibilidad de hacerlo es seguir en el segundo nivel un criterio estrictamente subjetivo. De modo que el sujeto debe haber previsto el curso causal efectivo en sus *rasgos esenciales* (90). Para estos autores ello significa que debe existir una congruencia entre el dolo y el curso causal, y que éste no puede abandonar el marco de aquél (91). Especial mención merece el planteamiento de Herzberg, basado esencialmente en la idea de «co-consciencia» (Mitbewusstsein) (92). Puesto que imputar como doloso lo no previsto pero previsible supone desbordar las fronteras del conocimiento del hecho (93), este autor exige que se conozca (prevea) el curso causal dañoso, aunque sea en la forma de co-consciencia, es decir, sin haberse producido un cálculo plenamente cons-

(89) BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115 y nota 29; también BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 198; HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 875; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 11 y ss.

(90) La referencia a los «rasgos esenciales» está presente en todos los autores, por la natural imposibilidad de prever los hechos futuros en forma detallada. Por todos, JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 11. Lo determinante, sin embargo, no es la expresión en sí, sino las consecuencias que de ella desprenden unos y otros. PUPPE, *GA*, 1981, p. 15, entiende que también en la aberratio ictus se han conocido los rasgos esenciales y hay que castigar como delito doloso consumado. La doctrina dominante alemana, en cambio, considera que se ha conocido el curso causal en sus rasgos esenciales siempre que éste se mantenga dentro de lo adecuado y no se haya afectado a otro objeto (aberratio ictus). HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 12 y 14, nota 23, entiende, a partir de ahí, que una desviación es esencial si desde el punto de vista del autor no era de esperar; inesencial si desde esa perspectiva era de esperar. Pues si no era de esperar ni desde la óptica del juzgador objetivo, faltará ya el tipo objetivo. En mi opinión, el criterio de Hruschka no hace sino sustituir la mera previsibilidad *objetiva* por la previsibilidad *subjetiva*: pero, como se verá, previsibilidad subjetiva no es todavía dolo (actual).

(91) BACKMANN, *JuS*, 1972, pp. 198 y 199: aunque no en todos los detalles

(92) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 882 y 887.

(93) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 886. No obstante, para nosotros, puede haber previsión y no dolo: ahí debe situarse el problema de delimitación de culpa consciente y dolo eventual.

ciente de la posibilidad del mismo (94). Si el sujeto fue co-consciente de que el resultado podía producirse así, no habrá desviación relevante y podrá castigarse a título de dolo. Ello tanto por lo que respecta a las desviaciones causales «normales» como en lo que se refiere a los casos de aberratio ictus. En cualquier caso, el ámbito de la co-consciencia es menor que el de lo objetivamente previsible según la experiencia de la vida: habrá casos en que un curso causal previsible objetivamente no sea abarcado por la co-consciencia, con lo que quedará excluida la pena del delito doloso consumado. La propuesta de Herzberg ha sido bastante criticada.

Por un lado, en el sentido, ya advertido por el propio Herzberg, de que el hombre no puede prever con concreción los acontecimientos futuros. Roxin (95) le reprocha la utilización de un «naturalismo metodológico» ya superado. Frente a él, entiende Roxin que, al no haber un concepto ontológico que determine en qué medida deben conocerse los elementos de un curso causal para imputar el resultado al dolo, ello debe acometerse desde perspectivas *normativas*. Jakobs (96) critica la idea de co-consciencia, alegando que es imposible que ésta abarque todas las variables causales. Además, puede haber casos en que no se abarque ningún curso causal en concreto, lo que evidentemente no puede conducir a la exclusión del dolo.

Las críticas son acertadas (97). Pese a que algunas de sus consideraciones revisten indudable utilidad incluso para quienes no comparten sus puntos de partida (98), la teoría de Herzberg y la idea de co-consciencia resultan inadecuadas para dar solución satisfactoria al núcleo de problemas de la aberratio ictus y las desviaciones causales. Tampoco aquí se expone el por qué de esa extremada concreción, con lo que se acaba incurriendo en la carencia argumentativa de la doctrina mayoritaria. Tal solución choca además con el mantenimiento de los criterios tradicionales en torno al error in obiecto irrelevante.

(94) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 886-887 y 889.

(95) *Würtenberger-F*, p. 116.

(96) *Strafrecht*, p. 241, nota 139.

(97) Herzberg extiende —como reconoce en p. 887— la co-consciencia a un marco nuevo, en el que no cuadra bien. Vid., críticamente sobre la idea de co-consciencia, sobre todo por poder dar lugar a presunciones de dolo, KÖHLER, *Vorsatzbegriff und Bewusstseinsform des Vorsatzes. Zur Kritik der Lehre vom «sachgedanklichen Mitbewusstsein»*, *GA*, 1979, pp. 285-300. Críticamente, también, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 656-657. Herzberg, en *JA*, 1981, ha cambiado de postura.

(98) Parece importante la referencia que hace al «in dubio pro reo» (*ZStW*, 85 (1973), p. 888). Una vez construido el criterio normativo de concreción del dolo, la determinación de si en el caso concreto hay dolo o no debe inspirarse en ese principio. La doctrina dominante no suele distinguir bien entre dos cosas diferentes que son la afirmación de qué debe conocerse y la averiguación de si en el caso concreto ese «qué» se ha conocido.

11. *Resumiendo*: No convencen los argumentos positivos de la postura minoritaria alemana en favor del dolo genérico y su suficiencia para la imputación dolosa. En consecuencia, no parece lo bastante justificada la «solución de la consumación» en la aberratio ictus. Sin embargo, tampoco parecen decisivas las consideraciones de la doctrina dominante de aquel país, en virtud de las cuales se pretende dar a la aberratio ictus (con la «solución de la tentativa») un tratamiento diferente al aplicado al error in obiecto y a las desviaciones causales que no excluyen la imputación objetiva. Por último, tampoco es satisfactoria la tesis que pretende, en base a la noción de co-consciencia, resolver con idénticos criterios las «aberraciones» y las desviaciones causales. En suma, es posible constatar la ausencia de una fundamentación convincente acerca de cuál ha de ser el *objeto* de referencia del *dolo* y qué grado de congruencia o concreción ha de revestir la relación entre ambos.

IV

I. Considero que la Constitución del Estado social y democrático de Derecho asigna a la pena una función preventiva (99). Consiguientemente, entiendo también que las normas penales (primarias) se configuran como imperativos dirigidos a motivar a los ciudadanos en contra de la realización de conductas delictivas (100). Todo ello condiciona de modo decisivo la determinación de cuál es la esencia de la *antijuricidad penal* (101). En base a lo apuntado, me inclino por acoger la tesis de que lo injusto penal es *injusto de la conducta*.

Como dice Mir Puig (102), la función de prevención de la pena a través de la motivación obliga a contemplar el hecho *ex ante*: el Derecho sólo puede prohibir la realización de comportamientos capaces de ocasionar resultados lesivos. La antijuricidad se entiende como antinormatividad y, en consecuencia, se opta por el desvalor de la acción en la alternativa entre ese y el desvalor del resultado. Pero el desvalor de la acción *no se entiende en el sentido finalista clásico*, sino en el de que el injusto se asienta en la *realización voluntaria* de la conducta que el Derecho quiere prevenir.

Así pues, un hecho deviene penalmente antijurídico por el *peligro objetivo* que la conducta supone para bienes jurídicos (103). Este peligro debe determinarse *ex ante*, por el espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilida-

(99) MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pp. 29 y ss. y 40; también, MIR PUIG, *ADCP*, 1983, pp. 7-9. Este planteamiento se halla ya en su *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 123 ss.

(100) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 42 ss.; *ADPCP*, 1983, p. 10.

(101) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 59; *ADPCP*, 1983, p. 11.

(102) Una exposición y fundamentación detallada de las tesis de MIR en este punto se encuentra en su *Función de la pena*, p. 61 y nota 62, pp. 62-63, y nota 85, así como en *ADPCP*, 1983, pp. 11-12.

(103) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 62-63.

des de que entonces éste dispone (criterio generalizador de base normativo-social (104).

2. En los delitos de resultado material, como en todos los demás (105), el injusto es injusto de la conducta. Ello significa que tanto el curso causal como el resultado quedan fuera del mismo.

Como señala Mir Puig (106), *ni el resultado*, ni la conducta que *ex post* se revela como efectivamente peligrosa afectan al núcleo de lo injusto. Este sólo se integra de comportamientos que *ex ante* aparezcan como peligrosos, aunque *ex post* resulte que no lo eran.

El dolo consiste en conocer y querer los elementos del tipo, pero en la medida en que constituyen lo *injusto típico objetivo* del hecho (107) Así resulta que el objeto del dolo ha de ser básicamente el *riesgo* contenido y determinable *ex ante* en la conducta del sujeto. El *curso causal* y el *resultado* en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su *injusto típico*, no son objeto del dolo (108). En consecuencia, sería incorrecto hablar de «errores sobre el proceso causal» (109).

El *resultado*, si bien no condiciona lo injusto del hecho, es determinante de la *punibilidad* del delito consumado (110). Sin embargo, esto no significa que, dada una conducta dolosamente realizada, el que acaezca un resultado cualquiera, para cuya producción esa conducta era adecuada *ex ante*, determine el cumplimiento del tipo del *delito doloso consumado* (111). La exclusión del *curso causal* y del *resultado* del ámbito del dolo, obliga a proceder a su concreción sobre la *conducta* del sujeto. Esta concreción debe producirse mediante la idea de riesgo. La existencia en ella de un *riesgo* típicamente relevante para un bien jurídico es el factor que puede determinar (112) el carácter de *injusta*

(104) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 65.

(105) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 66 y nota 92.

(106) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 ss.

(107) BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197, nota 15: Dolo es conocer y querer la realización típica; debe extenderse a las circunstancias del hecho (elementos típicos), pero sólo *en tanto que determinan lo injusto del hecho*.

(108) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 76-77, nota 103: el contenido del dolo es la conducta en su virtualidad lesiva y no necesariamente la lesión. La misma impresión se desprende, a contrario sensu, de BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 198. Este deriva la necesidad de que el dolo se extienda al curso causal, del papel que el resultado juega en lo injusto del hecho. Señala expresamente que si el resultado no fuera elemento del injusto no habría razón para exigir que el dolo se extendiera a la causación de un resultado en concreto. Es doc. dom. que el resultado pertenece a lo injusto del hecho: cfr. BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197, nota 17 y supra nota 99.

(109) En sentido parecido, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 664 ss. 670, 671, 672, 673 y 702.

(110) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 ss. Doc. dom. en otro sentido: vid. JESCHECK, *Tratado*, I pp. 321 ss.

(111) En sentido diferente, para las desviaciones causales, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 664 ss., 702 y 703. Vid. las críticas que a su planteamiento hacen JAKOBS, *Strafrecht*, p. 241, nota 139, y HERZBERG, *JA*, 1981, p. 371, nota 13. Su punto de vista en este punto está condicionado por su concepción del injusto y

de una conducta. La responsabilidad por delito doloso consumado exigirá que el sujeto haya abarcado con su dolo el riesgo que precisamente se ha realizado en el resultado. A continuación se tratará de desarrollar la idea aquí esbozada.

3. La responsabilidad por el delito consumado exige, en los delitos de resultado, la constatación de una determinada relación entre la conducta del sujeto y el resultado producido. Según doctrina prácticamente unánime, esta relación se produce a un doble nivel. Por un lado, por medio de la *relación de causalidad*, construida en base a criterios extrapenales. Por otro, mediante una *relación de riesgo*, de configuración esencialmente normativa (113). A establecer los principios con los que determinar la existencia o no de esta última, se dedican las modernas teorías de la *imputación objetiva*. Entre ellas existen todavía importantes discrepancias en algunos puntos (114). Sin embargo, se da coincidencia en lo fundamental: para imputar objetivamente un resultado a la conducta de un sujeto es preciso: 1) que en esa conducta se pueda determinar objetivamente ex ante la presencia de un riesgo típicamente relevante; y 2) que ese riesgo, precisamente, se haya *realizado* en el resultado efectivamente producido. Normalmente, se señala que la relación de causalidad se determina ex post y la relación de riesgo determinante de la imputación objetiva, ex ante (115). No obstante, parece posible distinguir dos aspectos en la propia relación de imputación objetiva: los *presupuestos* y la *relación en sí*. Los presupuestos los constituye la existencia de un riesgo determinable objetivamente ex ante en la conducta del autor (116). La *relación en sí* surge entre ese riesgo y el resultado causado. La diferencia entre la

de los criterios de imputación objetiva del resultado, en parte divergentes de los aquí seguidos; cfr. sobre ello p. 703 de su trabajo. Sobre ello, sin embargo, no podemos extendernos.

(112) Evidentemente, para que se dé el tipo total de injusto es precisa la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación.

(113) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 386 ss. En nuestro país, MIR PUIG, *ADPCP*, 1983, pp. 10-11; LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto* (Comentario a la STS 20 mayo 1981), en *Actualidad Jurídica*, VII, 1981, pp. 78-86; HUERTA TOCILDO, *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en *La Ley*, 1983-3, pp. 277-283, en la que comenta la STS 5 abril 1983; GLADYS ROMERO, *La relación entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pp. 157-170. También la STS 29 abril 1983 distingue entre causalidad e imputación objetiva. La denominación de ésta a veces varía: GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, habla (pp. 75 ss., 115 ss.) de «reprochabilidad objetiva»; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss. (por poner otro ejemplo), distingue entre «objektiver Kausalzusammenhang» y «objektiver Finalzusammenhang».

(114) Baste recordar la discusión en torno a la teoría del incremento del riesgo (Risikohöhung). Cfr., por ej., SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fabrlässigkeiten- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798, en pp. 647 y ss.

(115) Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss.; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 651, rechaza tanto la perspectiva ex post, como la estricta ex ante; sobre su punto de vista vid. también p. 704.

(116) MIR PUIG, *ADPCP*, 1983, pp. 11-12.

ausencia de lo uno o de lo otro es que, faltando lo primero, ya no hay injusto, es decir, que en los delitos dolosos, tampoco se puede castigar por tentativa. En cambio, faltando la realización de ese riesgo en el resultado, sólo se excluye el castigo por delito doloso consumado (pero no la tentativa dolosa) o el castigo por delito imprudente (que sólo se castiga si va acompañado de resultado). La relación, realización del riesgo, sólo se constata ex post y sobre la base de la relación de causalidad, añadiendo a la misma el criterio normativo. Existiendo en una conducta un riesgo objetivamente constatable ex ante puede ser, por ejemplo, que el resultado por ella causado no sea realización de ese riesgo sino de otro, imprevisible (es decir, de otro riesgo contenido en la conducta pero imposible de conocer ex ante para el espectador objetivo). De ser así, faltará evidentemente la imputación objetiva. Y parece claro que la decisión se toma ex post, una vez determinada la causalidad (117).

4. Sin embargo, las afirmaciones anteriores tienen mayor alcance. Reformulando lo expuesto, resulta que el presupuesto de la relación de imputación objetiva no es otra cosa que la existencia de un peligro típicamente relevante determinable ex ante en la conducta del sujeto (118). *A este riesgo*, en tanto que constitutivo de lo injusto de la conducta y presupuesto de la imputación objetiva del resultado, es al que se ha de referir el *dolo* (119) para poder fundamentar, en su caso, la responsabilidad del autor por delito doloso consumado (120). Pero una conducta puede contener en sí varios riesgos determinables ex ante. Para dar lugar a la responsabilidad por delito doloso consumado es, pues, preciso que el *resultado* sea realización de uno de los riesgos abarcados por el *dolo* del sujeto y no de otro no creado dolosamente por éste (121). Aunque sea un riesgo presente en su conducta y determinable ex ante en ésta. Ello se deriva del papel que en el esquema aquí acogido se asigna

(117) Para determinar si el riesgo constatable ex ante se ha realizado en el resultado es, sin duda, necesario en primer lugar que éste sea causado, lo que hay que observar ex post.

(118) Reiteramos aquí que, para hablar realmente de injusto es precisa además la concurrencia del *aspecto subjetivo* y la *ausencia de presupuesto de causas de justificación*.

(119) Como hemos dicho, objeto del dolo son los elementos típicos en tanto que constitutivos del injusto.

(120) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 240, núm. 63, habla de que el dolo ha de abarcar la causalidad de la acción para el resultado. Pero lo entiende en el sentido de que el autor debe conocer el riesgo que se realiza y no el concreto curso causal a través del que se realiza. El planteamiento es similar al nuestro. Cfr. sobre su punto de vista y algunas discrepancias, JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 240-241, num. 64; p. 241 núm. 65 y nota 139; y p. 242, núm. 66: aquí podría verse una diferencia. Dice Jakobs que el objeto del dolo es la realización de un riesgo; nosotros diríamos que el objeto del dolo es la conducta en tanto que creadora de un riesgo ex ante.

(121) Puntualizo esto para los casos en que una conducta contiene varios riesgos determinables ex ante (para los no-determinables se excluye ya la imputación objetiva). Es necesario que el dolo abarque el riesgo que luego se ha realizado, para hablar de delito doloso consumado. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 241, núm. 65.

al resultado. Efectivamente, éste no afecta a lo injusto de la conducta. Pero sí a la punibilidad del hecho, de modo que la ausencia de resultado puede determinar una disminución o renuncia a la punibilidad (122). Las cosas son así por una razón, entre otras, que parece fundamental: El resultado, como afirma Mir Puig (123), es *prueba*, a veces la única segura, de la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción. Ahora bien, para que un resultado producido despliegue la función indiciaria respecto a la peligrosidad de la acción, es preciso que dicho resultado constituya exacta realización del peligro que ostentaba la conducta (124). Puesto que el dolo aumenta generalmente la peligrosidad de la conducta y el injusto doloso es distinto (más grave) que el culposo (125), la responsabilidad por delito doloso consumado exigirá precisamente que el resultado sea fiel reflejo del injusto doloso de la conducta. Si una conducta contiene varios riesgos, de los cuales unos se abarcan por el dolo del sujeto y otros no, es evidente que la presencia de un delito doloso consumado requiere que en el resultado se realice un riesgo de los dolosamente creados y no uno de los imprudentes (126). De lo contrario, se rompería la necesaria conexión entre la naturaleza y gravedad del riesgo y el resultado.

5. *Resumiendo*: El injusto es injusto de la conducta. El carácter injusto de una conducta viene dado por la presencia en ella de riesgos para bienes jurídicos. El dolo, al deber referirse a los elementos típicos en tanto que constitutivos de lo injusto, debe abarcar tales riesgos para determinar la existencia de un injusto doloso. La *punición* por delito doloso consumado exige que se produzca un resultado y que este resultado represente precisamente la realización del riesgo abarcado por el dolo. Ahora bien, una conducta puede contener varios riesgos. De ser así, la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado y no otro. Expresado a la inversa, el resultado debe ser exacta realización del riesgo abarcado por el dolo y no de otro riesgo presente en la conducta del sujeto. Sólo así será el resultado prueba del injusto doloso existente en ella. La derivación de consecuencias prácticas de estas ideas exige la precisión de qué son «*riesgos distintos*» dentro de una conducta.

6. En primer lugar, son *riesgos distintos* aquéllos que amenazan a *bienes jurídicos de diferente clase o naturaleza* (ej. vida y propiedad). Tales bienes son los protegidos en *tipos diversos* y, por tanto, con desigual intensidad por el Ordenamiento jurídico-penal. Esta idea se

(122) Según se trate de delitos dolosos o imprudentes y faltas, en general, que no sean contra las personas o la propiedad.

(123) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 65.

(124) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 69-70.

(125) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 75-76.

(126) Si de dos riesgos constatables ex ante en una conducta, se realiza el imprudentemente creado y no el doloso, hay que apreciar delito intentado en concurso con delito imprudente. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 70 y pp. 241-242, núm. 65.

halla en la base de la *teoría general del error de tipo* y en la de la *preterintencionalidad*. De ahí que no parezca preciso extendernos demasiado sobre esta cuestión. Ejemplos de las situaciones aquí comprendidas son: a) A disparar contra un bulto en quien cree ver al perro de su vecino, cuando en verdad es el propio vecino, que resulta muerto (error in objeto relevante); b) A disparar contra el perro de su vecino, pero el vecino, al querer detenerle, se interpone y es él el alcanzado (aberratio ictus relevante por error de tipo). Que en casos como éstos la solución es la de delito intentado o frustrado en eventual concurso con delito imprudente es algo pacífico en la doctrina. El riesgo abarcado por el dolo del sujeto (riesgo para la integridad de un bien patrimonial) no se ha realizado en el resultado; el que se ha realizado (riesgo para la vida o salud de un hombre) es un riesgo, a lo más, imprudentemente generado. No cabe, pues, establecer una responsabilidad por delito doloso consumado.

7. También son *riesgos distintos* los que amenazan a bienes *jurídicos distintos* aunque de la misma clase o naturaleza, es decir, protegidos en el *mismo tipo* (ej., las diferentes vidas reales, empíricas, protegidas en el tipo de homicidio).

La afirmación anterior se deriva de dos enunciados. El primero, el de que *riesgo* es probabilidad de lesión de un bien jurídico (127). El segundo, el de que bien jurídico es una realidad concreta, empírica, en su valor funcional para el Derecho, y no un valor abstracto (128). Así, en la aberratio ictus con equivalencia típica de objetos, cuando un sujeto dispara sobre otro y resulta alcanzado un tercero que se interpone, ex ante es posible hablar de dos riesgos distintos, presentes en la conducta (129). Uno de ellos es abarcado por el dolo; el otro, no. El que se realiza, sin embargo, es el no abarcado. Se excluye, pues, la responsabilidad por delito doloso consumado. A esta misma conclusión llega la doctrina dominante alemana en materia de aberratio ictus, pese a no compartir lo aquí expresado en relación al concepto de bien jurídico (130). El problema fundamental que hay que afrontar en este punto es el del error in objeto «irrelevante». Es preciso mostrar por qué puede seguirse manteniendo para él la solución de la consumación. ¿No se podría decir que, aunque se acierte de lleno en el objetivo,

(127) Cfr. ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 17 ss.

(128) Vid. supra. Cfr. MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Vidas concretas, empíricas, salud de hombres concretos que ocupan una posición en el tiempo y el espacio, honor, libertad concretos de hombres en su realidad espacio temporal, etc. Idem en los bienes patrimoniales: cosas concretas, derechos concretos en su valor como elementos patrimoniales; en la estafa, el patrimonio global de un hombre, en concreto. El tema varía, como es lógico, en los bienes supraindividuales.

(129) Sobre las diversas formas en que pueden configurarse esos riesgos, vid.

(130) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 650, nota 5, excluye la imputación dolosa porque «aquí el autor no sabe nada de la peligrosidad de su conducta en dirección al objeto típico concretamente lesionado» (el subrayado es mío).

el riesgo para la vida de Juan a quien se quería matar y el riesgo para la vida de Pedro a quien se mata son «riesgos distintos»? Creo que no. Ello, por varias razones.

El sujeto que actúa en error in obiecto se equivoca en la *identidad*. Pero esto es irrelevante en cuanto a la imputación del resultado como dolosamente realizado. Lo cierto es que el sujeto ha creado dolosamente un riesgo para un bien jurídico cuya realidad empírica y naturaleza había aprehendido perfectamente. A estos efectos, es indiferente que el resultado supusiera la realización de sus intenciones o planes subjetivos o no. El caso es que el resultado es realización de un riesgo dolosamente realizado: el sujeto aprehende perfectamente que en su conducta se contiene un riesgo para un bien jurídico determinado (perceptible) y protegido en forma concreta para el Ordenamiento jurídico-penal. No obstante eso, actúa, como mínimo contando con la lesión de ese bien jurídico, y el riesgo se realiza. El resultado prueba perfectamente el injusto doloso contenido en la conducta del autor. Es posible, pues, la condena por delito doloso consumado. A esta solución no puede objetarse por Puppe una presunta discriminación entre propiedades del objeto: identidad y posición en el espacio. La cuestión no es la posición en el espacio, sino que el bien jurídico como realidad empírica positivamente valorada, se inscribe o se refiere a unas coordenadas espacio-temporales. *Lo decisivo es, pues, la realidad existencial que constituye el soporte del bien jurídico*. En el error in obiecto, pese a que las intenciones del sujeto no se hayan realizado, lo cierto es que inicialmente se puso en peligro un bien jurídico empíricamente determinado, contándose perfectamente con la probabilidad de su lesión. Y esta lesión se produce. Todo ello permite, además, rechazar la «solución de la tentativa» que Herzberg propone para casos de error in obiecto «irrelevante» en que, sin embargo, lo que se hace «tiene un sentido totalmente distinto» al imaginado por el sujeto (131). Habiéndose aprehendido la realidad espacio-temporal que sirve de base al bien jurídico y su relevancia penal, si se actúa contando con su lesión se dan todos los elementos necesarios para la imputación dolosa. El error sobre otras cualidades, importantes para la motivación del autor, incluso importantes a efectos no penales, pero extratípicas, no permite excluir tal imputación a título de dolo.

8. Por último, también son *riesgos distintos* aquellos en cuya formación o configuración contribuyen factores diferentes, aunque todos afecten al mismo bien jurídico. Si en una conducta se dan ex ante diver-

(131) HERZBERG, JA, 1981, p. 474. Vid. también supra nota 9. Al final, señala Herzberg que incluso el curso causal, es, en estos casos, diferente al previsto. Pero esto a lo más que puede llevar es a que, si se dan los requisitos que veremos, pueda hablarse de una *desviación relevante*: no a otorgar relevancia al error in obiecto.

sas posibilidades de producción de una lesión de un bien jurídico determinado, de las que se realiza una, la responsabilidad por delito doloso consumado exigirá que se haya abarcado por el dolo precisamente esa posibilidad que luego se ha realizado. De no ser así, habrá que defender la «solución de la tentativa». Esta consideración puede ser importante para las *desviaciones causales*. En esta materia, las dos soluciones extremas parecen igualmente rechazables. Por un lado, no es preciso que el dolo se extienda a los rasgos propios de cada curso causal. Por el otro, tampoco basta con que se realice una conducta dirigida a matar para que se impute a título de dolo cualquier resultado de muerte que se produzca (en el objeto en que se pretendía) dentro del marco de lo objetivamente previsible (132). El término medio consiste en exigir que el dolo abarque los *elementos configuradores del riesgo* que se ha realizado en el resultado. La congruencia se producirá, pues, entre el dolo y la «clase» de riesgo. Dicha «clase» se determina, obviamente, por los factores que lo configuran y, juntos, son la *fuerza* del riesgo. Piénsese en el siguiente ejemplo: A dispara sobre B para matarlo en plena montaña nevada y al borde de un precipicio. En la conducta de A se dan una serie de riesgos constatables ex ante por un espectador objetivo. Por un lado el riesgo del impacto directo del proyectil:

Siendo éste un *único riesgo*, puede englobar en sí *curso*s *causales de lo más diverso*: impacto directo en órgano vital, hemorragia, infección por las toxinas del proyectil, etc., sin contar los diferentes lugares del impacto. *A ninguno de ellos precisa extenderse el dolo, que basta con que abarque la clase de riesgo determinada por el impacto del proyectil*. Seguramente, cuando habla de desviaciones inesenciales, la doctrina piensa fundamentalmente en estos casos de desviaciones dentro de una clase de riesgo, pero no en otras clases de riesgo que, aun previsibles objetivamente, no se han cubierto por el dolo.

Por otro lado, el riesgo de que el disparo asuste a B y que éste, en un movimiento brusco, se despeñe. En tercer lugar, que el ruido del disparo, en combinación con la gran cantidad de nieve acumulada, provoque un alud que sepulte a su víctima, etc. Pues bien, para que el resultado efectivamente producido se pueda imputar como doloso parece preciso que el dolo del autor haya abarcado *el concreto sentido en que se configuró la peligrosidad* ex ante de la conducta que luego se realiza en el resultado. Si se produce el resultado de la muerte por avalancha, no basta con que fuera previsible objetivamente, sino que es preciso que el autor (p. ej., con dolo eventual junto al dolo directo de impacto del proyectil) lo haya considerado seriamente y no excluido como probabilidad (133). En resumidas cuentas, hará falta como mí-

(132) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 69: sería erróneo atribuir al autor en conocimiento del riesgo lo que un sujeto concienzudo habría reconocido como riesgo.

(133) Esto tiene más importancia de lo que a simple vista pueda parecer. Piénsese, por ej., en el caso de que el alud matara, además de a B, a un tercero

nimo *dolo eventual* referido a la *clase de riesgo* (*conjunto de factores que lo generen*), que se ha realizado en el resultado, para que éste se impute a título de dolo al sujeto.

9. Esta delimitación del objeto del *dolo* está, seguramente, necesitada de precisión y correcciones. Sin embargo, pretende responder a la necesidad de dotarle de un contenido elaborado en base a *consideraciones normativas* (134). En este sentido, parece suficientemente justificada la *no-arbitrariedad* de la vía seguida. Se parte, en definitiva, de que el dolo ha de abarcar concretamente el riesgo que efectivamente se ha realizado en el resultado; es decir, que ha de comprender el injusto objetivo como concreto presupuesto de la imputación objetiva del resultado (135). A este planteamiento subyace la idea de que una conducta puede contener diversos *riesgos*, de realización, a su vez, alternativa o acumulativa. A estos riesgos es a los que hay que referir la vertiente subjetiva, que puede ser de distinta configuración, como veremos a continuación.

10. En lo anterior, se ha sostenido la necesidad de referencia del dolo al *riesgo* que se ha realizado en el resultado efectivamente producido, para poder imputar este último al autor a título doloso. En base a esta idea fundamental, se tratará ahora de mostrar una *escala de grupos de casos* estructuralmente próximos a la aberratio ictus. La finalidad de este planteamiento es establecer claramente las diferentes posibilidades que pueden darse en este ámbito y justificar en forma gráfica la solución aquí defendida. Como caso sobre el que proyectar las diversas estructuras que vamos a describir, puede valer uno de base próxima al «standard»: A dispara contra B; pero falla el disparo y alcanza a C, que estaba al lado. Común a todas las variaciones será la presencia de un riesgo constatable ex ante para la vida de B y que se abarca con el dolo; pero este riesgo no se realiza, sino otro, que recae en la persona de C. Respecto a esta segunda parte se irán produciendo las modificaciones.

1.^a *estructura*.—(Ausencia de imputación objetiva). Una primera posibilidad es que ex ante el espectador objetivo no hubiera podido constatar en la conducta de A el riesgo que ex post se ha realizado en C, sino sólo el que amenazaba a B. Dicho con otras palabras, que la muerte de C como consecuencia de la conducta de A fuera ex ante objetivamente imprevisible (136). De ser así, faltará ya la imputación objetiva del resultado de muerte de C a la conducta de A. A respon-

que se encontrara en las proximidades, perfectamente visible para A. Una imputación a título de dolo de la muerte de B llevará pareja otra de la del tercero. Ello siempre que se entienda, como debe ser, referido a la realización externa y no se confunda con deseos o fines del autor.

(134) La necesidad de adoptar una perspectiva normativa en este punto la pone de manifiesto ROXIN, *Würtenberger-F.*, p. 116.

(135) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 233, núm. 44.

(136) O que la conducta de A no apareciera ex ante como adecuada para matar a C. Ejemplo, algo estrambótico, es el de un duelo acordado con todas las

derá sólo por tentativa de homicidio (asesinato) de B (pues el riesgo para la vida de éste lo abarcó con su dolo; sólo que este riesgo no se ha realizado).

2.^a estructura.—(Ausencia de dolo e imprudencia respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado). Resulta evidentemente algo difícil representarse estas situaciones; pero es teóricamente concebible. Se trata de la posibilidad de que el riesgo que se ha realizado en el resultado fuera ya ex ante conocible para el espectador objetivo: dicho de otro modo, que el resultado fuera previsible objetivamente, con lo que se darían las bases de la imputación objetiva. Pero, pese a ello, ese resultado fuera *imprevisible para el autor*. Es decir, que, para éste, fuera incognoscible el riesgo que su conducta contenía y que se ha realizado en el resultado. Al faltar la *previsibilidad subjetiva* (137), no hay imprudencia respecto al resultado. En consecuencia, el sujeto respondería en tal eventualidad sólo por tentativa (término que reiteradamente utilizamos en el sentido amplio de tentativa o frustración).

3.^a estructura.—(Imprudencia respecto al riesgo que se realiza en el resultado efectivamente producido). En este grupo se incluyen los casos más característicos de *aberratio ictus*. En la conducta del sujeto son objetivamente constatables ex ante dos riesgos. El primero de ellos es el que el sujeto abarca con el dolo (riesgo para B); el segundo, no (riesgo para C). Pero este segundo riesgo era conocible (y el resultado previsible) para el sujeto, si éste hubiera aplicado el cuidado debido en la situación (*culpa inconsciente*); o bien fue efectivamente conocido (y el resultado, previsto), pese a lo cual el sujeto confió antinormativamente en que no se produciría (*culpa consciente*) (138). En resumidas cuentas, existe imprudencia respecto al riesgo efectivamente realizado. La solución aquí es castigar por tentativa de homicidio (asesinato) de B en concurso ideal con homicidio imprudente sobre C (139).

precauciones para no dañar a terceros, en un paraje desierto y de madrugada. Uno de los intervinientes falla en su disparo que se pierde en unos matorrales lejanos, donde alcanza mortalmente a un vagabundo que allí dormita y no ha oído los gritos de los padrinos advirtiéndolo del duelo. La misma situación es concebible en las desviaciones causales cuando ex ante resulta imprevisible el resultado tal y como se produce (ex ante era imposible constatar en la conducta del sujeto el riesgo que a la postre se ha realizado). Ej., A quiere matar a B de un disparo, pero falla. Sólo que la presencia de su enemigo (y el sentirse apuntado) provoca en B un infarto que le causa la muerte. No se sabía de afecciones cardíacas en B.

(137) JESCHECK, *Tratado*, II, p. 821; MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 78-79.

(138) JESCHECK, *Tratado*, II, p. 782; MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 77.

(139) Con lo que me adhiero a la solución (no a la fundamentación) dominante en Alemania para estos casos. Esta es la que mejor capta los distintos riesgos existentes ex ante y su diversa significación. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, II, p. 209, nota 12; MAURACH, *Tratado*, I, p. 345, alude a esa necesidad de individuación. Siguiendo el mismo proceder que en la nota 136, también pueden verse casos de configuración similar a ésta en desviaciones causales «normales», en las que el riesgo concreto que se ha realizado en el resultado no ha sido abarcado por ninguna forma del dolo del sujeto, sino sólo por culpa consciente o inconsciente.

4.^a *estructura*.—(Dolo también respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado efectivamente producido). En esta posibilidad nos salimos ya del ámbito de la *aberratio ictus* (140) para entrar en el *dolo alternativo* (141). Ex ante son objetivamente determinables dos riesgos, cuya realización aparece como alternativa: un riesgo para B y un riesgo para C, de los que sólo se puede realizar uno, según lo concibe el autor. El sujeto abarca con dolo directo (en nuestro ejemplo) el riesgo que amenaza a B, pero también ha previsto el riesgo que amenaza a C, y lo toma en serio: no puede excluir la probabilidad de que se realice (dolo eventual) (142). Lo que sí queda excluido para el autor es la producción de ambos. El tratamiento jurídico de estos casos de riesgos alternativos abarcados ambos por el dolo es discutido. La doctrina dominante hablaría aquí de homicidio doloso consumado en concurso ideal con tentativa de homicidio (142). Sin embargo, esta solución desconoce la auténtica relación de *contravalencia* o *alternatividad* existente, pues viene a equiparar el tratamiento de estos casos con los de dolo cumulativo, de los que se diferencian esencialmente. De ahí que, por ello y por su contundente argumentación, parezca más convincente la postura recientemente defendida por Joerden (144). Con apoyo en su razonamiento puede sostenerse que en estos casos debe condenarse por un delito *doloso consumado* (145). Lo que además

(140) Los casos en que hay dolo eventual respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado se excluyen de la *aberratio ictus* por la doctrina, más o menos explícitamente. Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, núm. 80; MAURACH *Tratado*, I, p. 345.

(141) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 227, núm. 33, lo define como una vinculación de dos dolos cuyas realizaciones se excluyen recíprocamente; en sentido similar, JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), pp. 583 y 586. Las realizaciones pueden ser de tipos diferentes o del mismo tipo, pero lo decisivo (JOERDEN, p. 589) es que el autor hace depender la realización A de la ausencia de la realización B, y a la inversa. El dolo eventual es para Joerden (p. 605) un caso especial de dolo alternativo (no a la inversa), en el que una alternativa se refiere a la realización de un tipo y la otra precisamente a su no-realización.

(142) Los casos límite entre *aberratio ictus* y dolo alternativo vendrán determinados por la conflictiva delimitación de los supuestos de *dolo eventual* y *culpa consciente*. Sobre el tema cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 404 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 220, núms. 21 ss. Nuevamente hay que decir que, a imagen de lo señalado en las notas 136 y 139, también cabe concebir supuestos de desviaciones causales en que el riesgo efectivamente realizado fuera abarcado por el sujeto con dolo, como una posible alternativa más de realización del tipo.

(143) Por la doc. dom. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 409; WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 227, núm. 33.

(144) JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), pp. 589 ss., 594, 595, nota 57. En su fundamentación parte de una metodología lógico-analítica (*tablas de verdad*, en base a las que examina las distintas posibilidades) —JOERDEN, pp. 569 ss.— que, sin embargo, concuerda sustancialmente con el sentimiento jurídico —JOERDEN, p. 584—, así como con la necesidad político-criminal de tratar de modo diferente casos distintos. Una vez establecidas las diferentes perspectivas, la decisión es independiente del *proceso lógico* y surge en base a consideraciones *teleológicas* que tienen en cuenta la peligrosidad de la conducta del autor: por ello se opta por la posibilidad más grave que, en estos casos, es la del delito doloso consumado.

(145) Solución ya defendida por otros autores aunque con variaciones respecto a Joerden. Cfr. las pruebas en JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 587, nota 38;

permite defender desde una nueva base, la de la pena a imponer, la solución concursal para la aberratio ictus. Pues, evidentemente, éstos y aquéllos son casos diferentes (146).

5.^a estructura.—La diferencia entre esta posibilidad y la anterior es la siguiente: En el caso antes expuesto los riesgos apreciables ex ante se presentan para el dolo como de *realización alternativa*. Aquí, en cambio, se pueden constatar ex ante dos riesgos, cuya realización dolosa se prevé como *cumulativa*: p. ej., se lanza una granada de mano a los dos centinelas de un puesto. El dolo se extiende a ambos riesgos cumulativamente. Imaginemos que sólo se realiza uno de los riesgos (sólo muere uno de los centinelas). Un caso así configurado se castigará evidentemente como homicidio consumado (o asesinato) en concurso con tentativa de homicidio (147). Y he aquí un nuevo argumento en favor de la solución de Joerden, acogida en este trabajo, para los casos de dolo alternativo: pues no sería satisfactorio que los casos de *dolo cumulativo* y los de *dolo alternativo* recibieran idéntico tratamiento. Quien así lo propusiera, desconocería la evidencia de que no es lo mismo querer realizar el riesgo para B o el riesgo para C, que querer realizar ambos. No es igual querer matar a uno (B o C) que a dos (B y C) (148).

11. Expuestas las líneas generales del planteamiento defendido, conviene aludir brevemente a sus diferencias con los esquemas de Roxin y Herzberg (149), a los que ya se ha hecho alguna referencia, Roxin, partiendo de una perspectiva políticocriminal, considera que es correcto estimar dolosos todos aquellos procesos que constituyen *realización del plan del autor* (150). Es por ello decisivo conocer los criterios que determinan si se ha realizado este plan. Para Roxin esto no es una cuestión de *psicología* ni que deba derivarse de la producción del *resultado típico*. Se trata, más bien, de establecer un juicio normativo, objetivo, con criterios jurídico-valorativos, que señale si el proceso y lo alcanzado por él, se corresponden con lo que el sujeto ha querido; si el acontecer real refleja el sentido objetivo, el significado jurídico-social del plan del autor (151). Ejemplo, el gamberro que lanza una

JESCHECK, *Tratado*, I p. 410, nota 47. Clarifica especialmente la postura de Joerden la tabla que recoge en p. 593.

(146) Vid. supra nota 142. Efectivamente, la diferencia entre ambos casos radica en que en el dolo alternativo hay dolo respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado efectivamente producido y en la aberratio ictus, no: si hubiera dolo ¿dónde estaría entonces la aberratio? Llama, por ello, la atención que CUELLO CONTRERAS —*Acción, capacidad de acción y dolo eventual*, en ADPCP. 1983, pp. 77-79, pp. 97-98, nota 64— equipare expresamente aberratio ictus y dolo alternativo.

(147) Doctrina prácticamente unánime.

(148) JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 584 y nota 29.

(149) En cuanto a Herzberg, se trata del criterio que sostiene en *JA*, 1981 y no en la *ZStW* de 1973, que ya ha sido criticado.

(150) *Württemberg-F*, pp. 116 y 120. Su criterio lo elabora para los casos de «dolos generalis», pero luego lo aplica también a aberratio ictus y desviaciones causales.

(151) *Württemberg-F*, pp. 125 y 128.

bola de nieve al primer peatón que aparece por la esquina y da al segundo, responde, en su caso, por delito doloso consumado, pues para su plan (molestar a alguien) es indiferente la identidad de la víctima.

12. La propuesta de Roxin puede ser criticada desde diversas perspectivas. Herzberg (152) le ha reprochado que se sirve de la noción de «plan» en dos sentidos: uno objetivo externo, que le permite decir que en los casos de error in obiecto sí se realiza el plan (153); y otro subjetivo (determinado por el «sentido» que el sujeto atribuye a su acción) en la aberratio ictus, pues, como puede verse en el ejemplo antes citado, aquí no se realiza un plan externo definido por el «apuntar a», sino el *plan profundo* de «molestar a alguien». Roxin señala que debe castigarse por delito doloso consumado en la aberratio ictus cuando el plan *no fracasa* y que ello ocurre siempre que para el actuante no tiene relevancia la identidad de la víctima. El castigo por delito doloso consumado no se excluye cuando el sujeto ni siquiera pensó (ex ante) en la posibilidad de alcanzar otra víctima que la inicialmente prevista. Roxin acude a determinados medios para probar la existencia de una *realización* o un *fracaso del plan*. En concreto, alude al argumento del *desistimiento* (154). Pero ni este criterio, ni el de atender a si el sujeto se siente *fracasado* ante lo sucedido parecen elementos que determinen la existencia de dolo en el momento de actuar. En primer lugar, porque puede haber dolo aunque el sujeto no apruebe el resultado sino que lo rechace y lo lamente (155). Esto es algo que nadie que conciba el dolo eventual desde bases más o menos próximas a la teoría de la probabilidad puede desconocer (156). En segundo lugar, parece difícil aceptar la existencia de dolo en casos en que el sujeto ni siquiera ha pensado en la posibilidad efectivamente realizada (ej., en que podía dar al segundo que apareciera por la esquina en vez de al primero). Si, como antes hemos puesto de manifiesto, el objeto del dolo es la existencia en la conducta de un riesgo para un determinado bien jurídico, parece claro que en estos casos el riesgo concretamente realizado no se ha conocido, con lo que no puede hablarse de

(152) JA, 1981, p. 475. Otras críticas en JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, nota 158.

(153) Aunque WÜRTEMBERGER-F, p. 123, nota 53, señale que lo que justifica la irrelevancia del error in persona es que el error no se produce en la realización del plan, sino en la adopción de la decisión. Eso no salva la contradicción, porque en el caso de la bola de nieve desde luego sí hay error en la realización del plan, aunque luego, por azar salga bien.

(154) WÜRTEMBERGER-F, p. 122 y nota 47: qué haría el sujeto si conociera exactamente la situación. Se trata de un criterio hipotético que aparece también en RUDOLPHI, ZStW, 86 (1974), pp. 96 ss. Podría entenderse como un medio de prueba de la existencia de dolo eventual desde la perspectiva de la teoría del consentimiento.

(155) WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(156) Sobre ello, MIR PUIG, *Adiciones*, I, pp. 427-430; GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre el dolo eventual*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, 1981, pp. 171-199.

También MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 76, nota 103.

delito doloso consumado. Lo decisivo (157) no es si se «pretendía» lograr algo y, al final, ese algo se «ha logrado», sino *qué* se ha hecho queriendo, qué riesgo se ha causado dolosamente. La responsabilidad por delito doloso consumado surge, no cuando se realiza ese «plan del autor», sino cuando el resultado producido es realización de un riesgo —apreciable— ex ante en la conducta del sujeto y abarcado por éste con el dolo.

13. Para Herzberg, la estimación de un delito doloso consumado requiere, no que el sujeto alcance su meta o fin interno, sino que logre el fin en un *sentido externo-mecánico* (158).

Ej., que la bala alcance al sujeto al que el autor apunta con su fusil.

El criterio, aunque naturalístico, no está lejos de las consideraciones normativas que aquí se han efectuado en defensa del planteamiento preferido. Aunque el esquema defendido parece más preciso y diferenciado, uno y otro no llevarán a conclusiones prácticas esencialmente diferentes; al menos en los casos más normales, en que ese *sentido externo-mecánico* se fija por criterios de *percepción sensorial* (159). Sin embargo, su autor somete ese criterio central a una serie de excepciones valorativamente fundamentadas. Así, entiende que hay casos en que, pese a alcanzarse la meta externo-mecánica, no se da delito doloso consumado: casos de error in obiecto irrelevante en que, no obstante, lo que el sujeto hace tiene un sentido completamente diferente de lo que él quería hacer (160). A la inversa, se dan casos en que, aunque no se alcance dicha meta externa, sí se da delito doloso consumado: A) Por una parte, cuando, pese a todo, se realice el «plan del autor» (161); y B) además, en los supuestos en que el sentido del proceso no viene dado por una percepción sensorial, sino por una *representación intelectual* (162). Los casos en que falta una percepción sensorial directa son importantes. En ellos es preciso volver a plantear la cuestión de los límites entre error in obiecto y aberratio ictus. Inicialmente Herzberg acude al citado criterio de la «representación intelectual» para decidir la presencia o no de aberratio en tales supuestos.

Ej., A manda a casa de B una bomba para matarlo; pero B se ha mudado y ahí vive C, que es quien muere. Como el sentido es que la bomba va a B (representación intelectual de quien ha vivido en la casa), al dar a C habría aberratio ictus.

(157) Y esto también sería válido para los casos de dolus generalis. A reserva de una más detallada investigación, parece válido el criterio de JAKOBS, *Strafrecht*, p. 246, núms. 77-79.

(158) HERZBERG, *JA* 1981, p. 472.

(159) HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 472-473.

(160) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 474. Vid. supra. Cfr. también notas 9 y 131.

(161) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. Vid. supra la crítica a la idea de «realización del plan» en Roxin.

(162) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. La representación intelectual desaparece como criterio en cuanto se da una nueva percepción sensorial de la víctima.

Sin embargo, a continuación relativiza el propio criterio por él establecido para acabar señalando que, pese a no realizarse la representación intelectual, hay delito doloso consumado (163). También en este punto merece crítica el planteamiento de Herzberg. La solución es ambigua, hasta el punto de sostener que algo que en su opinión es dogmáticamente una aberratio ictus debe tratarse como si fuera un error in obiecto (164). Ello, en el fondo, es casi inevitable dada la proximidad de la noción de «representación intelectual» con los criterios de esta última figura de error (165). Su esquema, mezcla de naturalismo y correcciones valorativas no completamente justificadas, no parece idóneo para resolver los casos —límite que en este punto pueden plantearse.

14. Para finalizar este apartado, procede mencionar algunos ejemplos de los casos más difíciles que surgen en este ámbito de cuestiones. Seguramente ello está de más en los supuestos en que se da una *percepción física* de los objetos por parte del sujeto que actúa. Ya se produzca la desviación de la ejecución: ej., cuando se apunta mal en un disparo (166); ya durante la misma: e., se interpone un tercero cuando queríamos apuñalar o golpear a la víctima (167), etc. Ninguno de ellos plantea problemas especiales y la mera aplicación de los criterios antes sistematizados permite alcanzar la solución. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los llamados «casos límite», la mayoría de los cuales se producen en situaciones en las que falta la percepción física del objeto por parte del sujeto. Probablemente no es todavía factible ofrecer una solución definitiva de todos y cada uno de los casos límite que pueden surgir. Sin embargo, sí lo es dar algunas pautas de solución o criterios de distinción. Para ello es preciso partir de, al menos, dos grupos de casos (168):

A) Ej., A pone una bomba en el dormitorio que cree de su enemigo B; pero resulta que B ha abandonado la habitación el día antes y ahora duerme en ella C, que es quien muere.

El origen de estas situaciones se halla en una errónea representación. Sin embargo, como consecuencia de ella, el sujeto ha creado un

(163) Sí, de hecho, *externamente* se ha dado en el sitio en que se quería dar. Habría —según dice JA, 1981, p. 474— una aberratio ictus tan parecida a los casos de error in obiecto, que habría que castigar por delito doloso consumado.

(164) JA, 1981, p. 474. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, nota 163, le reprocha imprecisión y argumentar a partir de pretendidas evidencias del sentimiento jurídico.

(165) Señala PUPPE, GA, 1981, pp. 4-6, que la aberratio ictus es una forma propia de sistemas arcaicos de comisión de determinados delitos, en especial del homicidio. Que las diferencias entre error in obiecto y aberratio ictus se desvanecen tan pronto como autor y víctima no se encuentran cara a cara.

(166) Ej., STS 27 septiembre 1978 (A. 2915).

(167) Ej., STS 5 diciembre 1974 (A. 5085); STS 22 enero 1979 (A. 128). Análogos en la estructura a estos casos serían, en las desviaciones causales «normales», los supuestos de consumación anticipada: con la natural diferencia de que en la aberratio ictus es otro el objeto alcanzado. Sobre la «consumación anticipada», a la que también se pueden aplicar nuestros criterios, JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 76.

(168) En ellos examinaremos supuestos discutidos por la doctrina alemana.

riesgo: el de matar al ocupante de la habitación. La individualización del bien jurídico como realidad empírica, ante la imposibilidad de una percepción directa, se produce *refiriéndolo a un marco espacio-temporal*: ocupante de la habitación en el momento de la explosión. Aunque la representación subjetiva del autor sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico —realidad empírica— afectado no pueden individualizarse de modo distinto. Y el riesgo, así dolosamente creado, se realiza. En realidad, se produce aquí la estructura del error in obiecto, sustituyéndose la percepción visual directa por esta referencia espacio-temporal antes aludida.

Otros ejemplos: Se deja encerrado al ocupante de un vestuario, sin verlo, creyendo que es uno, cuando resulta que es otro sujeto. Se pone comida envenenada en una mesa creyendo que la va a ocupar el enemigo cuando no es así. Igualmente, el caso en que el autor de injurias por teléfono se equivoca al marcar y profiere sus expresiones a persona distinta de la que él creía (169). O el «caso del automóvil» (170). Probablemente también deben ser incluidos aquí el caso en que se pone una bomba en un puente con un mecanismo que la haga estallar al pasar el segundo coche, resultando que ese segundo coche que queda destrozado no es el de quien se esperaba. O el de que se pone una bomba en un coche, para que estalle al dar el contacto, resultando que quien va a por él y muere al arrancar no es quien se pretendía. En todos estos casos, si realmente queda detenido el que usa del vestuario, o muerto el que se sienta a la mesa, el que conduce el automóvil, el ocupante del segundo coche, o el que aprieta el contacto, parece que hay que decir que se realiza el riesgo tal como el sujeto lo creó dolosamente *ex ante* y debe hablarse de responsabilidad por delito doloso consumado. Ciertamente, no se realiza la representación del autor. Pero sí el riesgo según su delimitación externa como riesgo para un bien jurídico asimismo individualizado, no por percepción sensorial, sino por referencia a un marco espacio-temporal. Habría *aberratio ictus*, sin embargo, si, por ejemplo, la bomba del puente por un fallo, no estalla bajo el segundo coche, sino minutos más tarde bajo otro coche cualquiera; o cuando un error determina que la bomba del coche no estalle al hacer contacto, sino que explote cuando está aparcado, sin ocupantes, causando la muerte de un paseante (171).

(169) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, núm. 81; algo distinto el ej. en BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 119. Habría *aberratio ictus* si se produce un cruce de líneas al empezar a hablar.

(170) Supuesto de hecho similar al de la STS 23 abril 1934 (A. 676): se sigue a un enemigo que viaja en un coche hasta que entra en una propiedad: vuelve a salir el coche y, creyendo que aquél sigue conduciéndolo, le dispara, muriendo un individuo diferente. Ej. parecido en HERZBERG, *JA* 1981, p. 474.

(171) Siempre que no se pudiera hablar aquí de «dolo alternativo».

Lo importante de este planteamiento es, pues, que, en lugar de la «representación intelectual», criterio al que Herzberg (172) hace alusión, se sirve de la referencia a un marco espacial y temporal determinado para individualizar riesgo (objeto del dolo) y bien jurídico como realidad empírica.

B) Ej., A manda a casa de B una botella de coñac envenenada; sin embargo, el recadero se equivoca de dirección y la entrega al vecino C. Este bebe de ella y fallece (173). En casos de esta configuración se produce, como puede apreciarse, una desviación con posterioridad al momento en que el «hombre de detrás» ha realizado todos los actos que le corresponden en el proceso. En tales situaciones, en las que el sujeto abandona el control directo de la ejecución o lo cede a terceros (incluida la propia víctima), en general hay que pensar que se cuenta con la eventualidad de que acabe alcanzándose un objeto distinto del pretendido. De ahí que, en gran número de estos supuestos, no parezca viable excluir la responsabilidad por delito doloso consumado (174). Sin embargo, no sería correcto excluir la posibilidad, con carácter excepcional si se quiere, de que puedan producirse «aberraciones ictus» también en este marco (175). Estas concurrirán si al sujeto le es realmente posible *confiar* en la no-producción del resultado efectivamente acaecido; si, según la configuración externa que ha dado al riesgo por él creado, el resultado no puede verse como expresión de un riesgo dolosamente generado por él. Ello ocurrirá cuando el autor ha adoptado medidas para evitar que el riesgo se realice en dirección diferente a la por él deseada, por lo que *no cuenta con* que se produzca la desviación; y, por supuesto, cuando la desviación se produce por la incidencia de acontecimientos imprevisibles (176). Aunque lo normal, en los casos de cesión del control de la ejecución a terceros, sea lo contrario (177).

(172) Vid. supra.

(173) En otra variante, la víctima se lo regala a un tercero, se la sirve a un invitado, etc.

(174) Por dolo alternativo. Sobre la posibilidad de configurar un dolo eventual respecto a la desviación, cfr., acaso, WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(175) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, núm. 81, señala que siempre que el autor sólo puede identificar al objeto atacado por su ubicación en el curso causal o por el efecto que sufre, hay *error in persona*. Un caso típico de delimitación por el efecto sería el del misántropo que envenena una cápsula o el contenido de un frasco destinados a la comercialización en unos laboratorios farmacéuticos. Desde nuestra perspectiva, la calificación de este supuesto sería de dolo alternativo.

(176) Ej., A quiere matar a B, borracho empedernido, que vive solo con su mujer, que —le consta— aborrece el alcohol. Por ello decide mandarle a su domicilio una botella de whisky envenenada, sabedor de que la beberá en cuanto llegue a casa. Sin embargo, la mujer tiene ese día fuertes dolores en el estómago y, al no encontrar analgésicos, decide tomar algo de whisky, resultando muerta.

Ej., A manda un paquete explosivo a B. Un funcionario de correos viola la correspondencia y es a él a quien le explota, causándole la muerte. Similar a este caso es el del chico recadero que bebe algo de la botella que debe entregar.

(177) Con arreglo a estos principios creo que deben resolverse también los casos de error *in persona* del instrumento o inducido que según la doctrina producirían una estructura análoga a la de aberratio ictus en el autor mediato o

V

1. La solución de la tentativa (en eventual concurso con un delito imprudente), aquí defendida para la aberratio ictus, no sólo ha recibido las objeciones dogmáticas ya examinadas, sino también otras de *política criminal*. Contra ella se ha alegado: A) Que hay casos en los que el StGB no castiga la tentativa y otros en los que es la realización imprudente del tipo la que queda impune; consiguientemente, podrían darse situaciones de aberratio ictus en las que no cabría otra alternativa que la absolucón (178); o B) Que en los casos de «aberratio» no se cumple el fundamento político-criminal de la atenuación de la pena en la tentativa; tal fundamento es la no-producción del resultado, y en ellos éste se produce (179); C) Por último, que tampoco se da el específico fundamento atenuatorio de la imprudencia, ya que existe una finalidad básica dirigida a realizar el tipo (180).

2. Son estas consideraciones político-criminales las que se hallan en la base de la tesis de Hillenkamp. Este autor, habiendo rechazado por razones dogmáticas la posición minoritaria alemana, considera sin embargo que la mayoritaria puede, en ocasiones, llevar a consecuencias contrarias al sentimiento jurídico y a la justicia material. Por ello, y con la argumentación político-criminal (181) que antes se ha expuesto en esquema, acaba también criticándola. Así, opta por desarrollar una tercera vía: la de la llamada «equivalencia material» (102). En los casos de *bienes altamente personales* (vida, integridad física, libertad, honor), la interdependencia ontológica con el titular determina que el injusto se concrete en la persona de éste; el que recae sobre otro sujeto es un injusto cualitativamente diferente. En estos bienes jurídicos es relevante la individualidad del objeto para constituir lo injusto del hecho. Por ello, acepta aquí la solución de la tentativa en eventual concurso con delito imprudente (183). Todo lo contrario ocurre en los tipos que protegen exclusiva o principalmente *bienes patrimoniales* (184). En éstos, como en aquéllos en que el bien predominantemente protegido es *supra-individual* (185), las concreciones del dolo en relación con

inductor. Cfr. BACKMANN, *JuS*, 1971, pp. 119 y 120. Es este un tema muy discutido: cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417 y II, p. 960 con las referencias al estado de la cuestión.

(178) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 102-103.

(179) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 105-106; NOLL, *ZStW*, 77 (1965), p. 5; le critica HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 878-879.

(180) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 107.

(181) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 105-106: en la aberratio ictus no se daría ni *ausencia de resultado ni menor energía criminal*. Sobre lo primero, vid. infra; sobre lo segundo, tener en cuenta los casos de tentativa inacabada, pues no siempre se produce la aberratio con tentativa acabada.

(182) «Materielle Gleichwertigkeitstheorie», HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 111-112 y ss. y 125.

(183) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 113-114 y 116.

(184) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 117 y ss.

(185) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 112-113 y 123.

el objeto carecen de relevancia. La individualidad del objeto es irrelevante para lo injusto del hecho y, pese a la desviación, debe castigarse por delito doloso consumado.

3. Ni los citados argumentos político-criminales ni la solución de Hillenkamp acaban de convencer. El argumento expuesto en A) puede estimarse dependiente de los otros dos (186); pues de entender que la solución de la tentativa en concurso con eventual delito imprudente es dogmática y político-criminalmente correcta, nada puede oponerse a la impunidad cuando ésta resulte directamente de las disposiciones legales. Más importantes son los otros dos argumentos, y sobre todo el desarrollado en B). En relación a él cabe efectuar alguna consideración. Para que el resultado cumpla su función probatoria y permita imponer la pena del delito doloso consumado, no basta con que se produzca un resultado cualquiera, incluso perteneciente al mismo tipo que el pretendido, «en relación con» o «con ocasión de» una conducta que ex ante era peligrosa y se realizaba dolosamente. Para que el resultado cumpla su función dogmática y político-criminal es preciso que sea *prueba fehaciente* del concreto contenido de injusto que la acción encerraba en sí. Es preciso, pues, que *precisamente* en él se realice un riesgo dolosamente creado y contenido en la conducta del sujeto. Como sabemos ya, en la aberratio ictus, por definición, no es así. Al contrario, es esto lo que la distingue de los casos de dolo alternativo. Consiguientemente, es posible atenuar la pena (187); porque ese resultado, al no haberse realizado en él el riesgo dolosamente creado, no vale como prueba de que el injusto doloso de la conducta era tan grave como para merecer la pena del delito doloso consumado (188). En cambio, en el resultado puede haberse realizado un riesgo presente en la conducta del sujeto, pero no abarcado por el dolo, sino sólo imprudentemente. De ser así, junto a la tentativa habrá que apreciar un delito imprudente del que el resultado sí habrá sido prueba.

4. En cuanto a la solución de Hillenkamp, ciertamente podría parecer satisfactoria a primera vista. En efecto, conecta con un cierto «sentimiento jurídico» (189) que, viendo con cierta claridad la relevancia de la aberratio ictus en bienes personales, sería más reactivo a otorgársela en los casos de bienes patrimoniales. ¿Qué más da que el golpe se desvíe y alcance a una cosa en vez de otra en un delito de daños? nos diría esa intuición. Sin embargo, los argumentos antes

(186) Aparte que su incidencia en el *estado actual* de nuestro Derecho es menor que en el Derecho alemán.

(187) Por supuesto, no es posible entrar aquí en la polémica sobre la atenuación obligatoria o facultativa en la tentativa. Diversas razones derivadas de la concepción de injusto que se comparte, pueden situarnos más cerca de la segunda como propuesta de *lege ferenda* para nuestro Derecho. Cfr., no obstante, MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 71, sobre algunas razones que podrían justificar el mantenimiento de la atenuación obligatoria, aun desde esta perspectiva.

(188) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 y ss.

(189) El propio HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 130, reconoce el carácter excepcional de su planteamiento y su base en el sentido jurídico.

desarrollados sobre la base de las nociones de *riesgo* y *bien jurídico* revelan que la estructura dogmática puede ser idéntica, en lo objetivo y en lo subjetivo, a la que se da en los bienes personales (190). Tampoco se aprecian razones político-criminales de peso que permitan relativizar las conclusiones dogmáticas. Ej., A quiere matar al perro de B que siempre le ha fastidiado; para ello le apunta con su escopeta, pero falla el disparo, alcanzando no obstante un valioso jarrón, que se rompe. Cuestión diferente es que en los casos de bienes patrimoniales pueda darse una estructura de dolo alternativo con mayor facilidad que en los personales. Ello sí es aceptable, dada la menor *connotación individual* de los bienes. Sobre todo cuando éstos sean, además, naturalísticamente similares. Pero si no puede hablarse de *dolo alternativo*, sino, realmente, de *aberratio ictus*, debe aplicarse la solución de la tentativa en eventual concurso con imprudencia. Diferente al caso de los bienes patrimoniales —aunque Hillenkamp los mezcla— se presenta el de los bienes supra-individuales. Ej., una acusación falsa, delito contra la Administración de Justicia, que se comete efectivamente, pero no acusando al sujeto que se pretendía sino, por «*aberratio*», a otro. Aquí no parece posible apreciar una *aberratio ictus*, pues nos mantenemos en el seno de un único bien jurídico, en el que se realiza el riesgo creado por el sujeto. Pero sí podrían aplicarse los criterios más arriba establecidos para las desviaciones causales (191). De nuevo se observa aquí la importancia de que la desviación lleve a afectar a otro bien jurídico (aun de la misma clase) o determine la lesión del *mismo bien jurídico* pero de otro modo (192).

5. El argumento que la doctrina de nuestro TS ha venido esgrimiendo usualmente en contra de la «solución de la tentativa» y a favor de la del delito doloso consumado en la *aberratio ictus* reviste *naturaleza legal*: la apelación al artículo 1, 3.º C. p. (193). Seguramente está de

(190) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 420, nota 76.

(191) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 420; estima que se trata de una desviación causal inesencial. En otro sentido, HERZBERG *ZStW*, 85 (1973), pp. 891-892. La solución se obtiene aplicando los criterios generales desarrollados a las peculiaridades del caso concreto.

(192) A veces en los bienes patrimoniales es difícil determinar cuándo nos hallamos ante una «unidad», un mismo bien jurídico, y cuándo se afecta a otro. Ej., daños en un edificio.

(193) STS 30 abril 1896: «con arreglo al último párrafo del artículo 1 C. p., el que cometiére voluntariamente un delito o falta incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado sea distinto del que se propuso ejecutar; y, por tanto, la circunstancia puramente accidental de haber el recurrente lesionado gravemente, con el golpe de palo que quiso descargar contra Ramón Verdú, a la madre de éste, cuando se interpuso para librar a su hijo de aquella acometida, en nada desvirtúa ni atenúa la acción criminal»; STS 5 diciembre 1974 (A. 5085), que, apoyándose en el artículo 1, 3.º C. p., señala que «una vez mostrada la voluntad intencionadamente antijurídica no es posible aceptar la solución culposa, aunque, por error en el golpe, sea otra la persona agredida y lesionada o muerta»; también STS 22 enero 1979 (A. 128). En la base de esta doctrina del TS late también la noción antigua de la *imposibilidad de apreciar imprudencia si la conducta inicial del autor era ilícita*. Cfr. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español, en Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 60-73, p. 63 y nota 11. Cfr. también M. CORCOY, *Criterios juris-*

más a estas alturas toda discusión sobre el alcance de este artículo (194), puesto que fue derogado por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Sin embargo, tampoco parece que fuera obligada, con el artículo 1, 3.º C. p. en la mano, la solución del delito doloso consumado en la aberratio ictus (195). En cualquier caso, tal argumento ya no es válido. El artículo 1, 3.º C. p., de raíz versarista y contrario, en su literalidad, a los principios generales de imputación objetiva y subjetiva, tampoco puede ya fundamentar la doctrina tradicional en España, que pierde así uno más, quizá el último, de sus pilares.

prudenciales en torno al delito imprudente. Tesina mecanografiada, Barcelona, 1984, p. 24. Por la doctrina tradicional española, vid. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal*, I, p. 286.

(194) Uno de los más comentados por nuestra doctrina. Cfr. CEREZO, *Problemas*, pp. 65 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al C. p.*, I, Barcelona, 1972, pp. 45 y ss.

(195) CEREZO, *Curso*, p. 436, estima que sí impedía la aplicación de la «solución de la tentativa», para él correcta, siempre que interfiriera el principio del «versari».

La objeción de conciencia al servicio militar (*)

Por el profesor Dr. RODOLFO VENDITTI

Profesor de Derecho penal y procesal militar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín

1. No he estudiado la lengua española, pero he pensado que sería un gesto de cortesía hacia vosotros el desarrollar mi conferencia en lengua española. Me perdonaréis si mi pronunciación no es perfecta; y me permitiréis intercalar, de vez en cuando, alguna frase en italiano. La lengua española y la lengua italiana son hermanas latinas: Yo logro entender bastante, cuando un español me habla lentamente en su lengua; y pienso que también vosotros podréis entender el italiano cuando se habla lentamente.

El primer deber de un invitado es presentarse. Yo soy magistrado. Tengo la categoría de magistrado de casación, pero como en Italia los magistrados de casación pueden, si lo desean, trabajar en los tribunales de apelación, he elegido trabajar en el Tribunal de Apelación de Turín mejor que en el Tribunal de Casación (cuya sede está en Roma), tanto para poder permanecer en mi ciudad, cuanto porque prefiero el trabajo de juez de apelación al trabajo (demasiado abstracto) de juez de casación. Soy también profesor de derecho penal y procesal militar en la Universidad de Turín. He cultivado siempre el estudio del Derecho penal, hacia el que fui encaminado por mi maestro, Francesco Antolisei. Bajo su guía conseguí ser profesor de Derecho penal y empecé a estudiar el Derecho penal militar, como él me había indicado en el lejano 1954 por ser una materia poco estudiada y muy interesante.

El Derecho penal militar era, entonces, una materia solamente estudiada por los expertos pertenecientes al ambiente militar y a la magistratura militar. En Italia fui uno de los primeros estudiosos no militares que se habían ocupado de esta rama del Derecho. Y en seguida advertí que había mucho trabajo por hacer. Los códigos penales militares (de paz y de guerra) se remontaban al 1941, es decir se habían publicado en el régimen fascista y en pleno período de guerra. El 1.º de enero de 1948 había entrado en

(*) Texto de la Conferencia pronunciada el día 6 de febrero de 1984 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Traducción al castellano por el profesor Dr. Juan Felipe Higuera Guimerá, Profesor Titular de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

vigor la Constitución de la República Italiana, que había introducido en el ordenamiento jurídico italiano principios nuevos y democráticos. Pero los códigos penales militares habían permanecido intactos, el cambio no los había rozado ni siquiera de pasada. Me encontraba, por tanto, frente a una legislación atrasadísima, ligada todavía a principios fuertemente autoritarios y a una visión de las fuerzas armadas muy lejana a la de la nueva Constitución.

Se necesitaba entonces un trabajo crítico, que pusiera de relieve la necesidad de una reforma de la legislación penal militar. Y yo hice este trabajo, publicando libros y artículos, que tuvieron una buena acogida y que hicieron circular ideas reformadoras.

Así fue que cuando, en 1970, la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín instituyó el Curso de Derecho y Enjuiciamiento Penal Militar, me ofrecieron encargarme de impartir esta enseñanza. Y yo acepté (sin dejar mi trabajo de magistrado) porque la enseñanza me ofrecería un amplio contacto con los jóvenes y estímulos eficaces para ulteriores profundizaciones en el estudio de la materia.

Cuando después se extendió por Italia el debate sobre la objeción de conciencia al servicio militar (que en aquel tiempo no estaba reconocida por la ley italiana) yo me interesé vivamente en este aspecto. Después de la publicación de la ley sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia (ley de 15 de diciembre de 1972, núm. 772) seguí las vicisitudes correspondientes a la aplicación de tal ley, escribí un libro sobre la objeción de conciencia, y me puse en contacto con numerosos objetores: Una parte de los alumnos de mis cursos está constituida por objetores de conciencia o por estudiantes que intentan llegar a ser objetores de conciencia. Y todavía participo en convenciones, encuentros, mesas redondas y cursos de formación para objetores: Hay en Italia un movimiento que está tomando notables proporciones; la objeción de conciencia está en plena difusión. Esto me ofrece la ocasión de reunirme todos los años con centenares de jóvenes generosos, comprometidos, auténticos constructores de la paz.

Yo sé que vuestra Constitución admite, en el artículo 30, la objeción de conciencia al servicio militar y remite a la ley ordinaria la regulación específica. Sé también que la ley ordinaria no ha dado todavía regulación concreta a la objeción de conciencia y que, por lo tanto, el principio constitucional permanece todavía prácticamente inoperante. Opino, por tanto, que el debate sobre este problema sea, en España, muy vivo, especialmente entre los jóvenes. Y pienso que podrá ciertamente interesaros conocer la experiencia italiana en esta materia.

2. En Italia la Constitución no habla de la objeción de conciencia al servicio militar. Sin embargo, muchas normas constitucionales hablan de los derechos fundamentales del hombre y la Constitución toda está centrada en el respeto a la persona humana y a su conciencia. Aún con todo, la ausencia de una norma

constitucional expresa que tuviese en cuenta la objeción de conciencia y la ausencia de una ley ordinaria que la permitiese hacía que quien objetaba cometiese un delito militar: El delito de «falta a la llamada», si la objeción se concretaba en el no presentarse o incorporarse a filas; el delito de desobediencia, si el objetor, incorporándose a filas, se negaba a vestir el uniforme, a jurar bandera, a participar en las maniobras militares, a empuñar las armas, etc. Esto conllevaba un proceso ante el Tribunal militar y una inevitable condena; y para el objetor coherente, que, después de cumplida la condena, continuaba negándose a cumplir el servicio militar, la perspectiva era la de una serie de condenas, de número indefinido.

A pesar de todo esto, en la última postguerra el número de los objetores aumentó gradualmente: Se trataba de jóvenes provenientes de diversas matrices religiosas o ideológicas (protestantes, católicos, laicos no creyentes, no violentos de diversa naturaleza). Los procesos por objeción se multiplicaron y el debate se amplió, implicando también a voces autorizadas de la cultura laica (Aldo Capitini, Carlo Cassola) y de la cultura católica (Giorgio La Pira, Don Milani, Padre Balduci, etc.). Incluso fueron condenados sacerdotes que habían sostenido la licitud de la objeción de conciencia, por apología del delito.

Fruto de aquel debate fue la ley de 15 de diciembre de 1972, núm. 772, que reconoció la objeción de conciencia al servicio militar. Para decir verdad, ya existía en Italia, desde 1966, una ley que permitía sustituir el servicio militar por un voluntariado civil llevado a cabo durante dos años en uno de los países en vías de desarrollo: Pero se trataba de una ley que era aplicable a un limitado número de casos (dado que presuponía una preparación técnica del sujeto y la titularidad de un contrato con una entidad de un país del Tercer Mundo) y que estaba privada de cualquier referencia a alternativas de conciencia.

La ley de 15 de diciembre de 1972, núm. 772 ha ampliado por el contrario las posibilidades de opción y ha previsto la posibilidad de un servicio civil en el territorio nacional. Sobre todo ha resuelto un problema de fondo: el problema de quien, por razones de conciencia (fe religiosa, alternativa no violenta, filosofía humanitaria, pacifismo, etc.) es contrario en cualquier circunstancia al uso de las armas y considera una violencia a sus convicciones más profundas la de obligársele a ser soldado, es decir, a militar en una organización cuyo fin es la muerte del hombre, es decir la guerra, aunque sea defensiva.

Esta ley ha constituido pues, un gran paso adelante para la legislación italiana. Pero se ha tratado de un paso todavía tímido e inseguro, que ha manifestado, en estos años de aplicación de esta ley, muchas limitaciones e insuficiencias.

3. Según la ley, la petición de admisión al servicio civil se debe presentar en el distrito militar dentro de los sesenta días

desde el alistamiento, o bien, en caso de prórroga por motivos de estudio, hasta el 31 de diciembre del año en el cual terminase la prórroga.

En la petición no basta afirmar que se considera más útil el servicio civil: Es necesario indicar los motivos de conciencia que inducen a rehusar el uso de las armas en cualquier circunstancia. La opción para el servicio civil pasa, efectivamente, a través de la objeción de conciencia, es decir a través de una concepción general de la vida basada en profundas convicciones religiosas o filosóficas o morales, y que desemboca en la susodicha negativa.

La demanda es examinada por una Comisión, constituida en el Ministerio de Defensa, la cual valora el fundamento y sinceridad de los motivos de conciencia y suministra un parecer al Ministerio de Defensa; este último publica una disposición que acepta o rechaza la petición.

La aceptación de la petición abre amplias perspectivas de servicio civil al objetor: Desde el servicio en zonas afectadas por calamidades naturales hasta el trabajo entre los drogadictos; desde el servicio entre los minusválidos o ancianos hasta la animación cultural y la tutela de los bienes culturales o ambientales; desde las comunidades alojamiento para muchachos «difíciles» hasta las comunidades montaÑesas, afligidas por la despoblación o el subdesarrollo... Hay trabajo para todos, a medida de las inclinaciones y de la preparación específica.

El servicio civil se desarrolla en una entidad (pública o privada) que haya estipulado un convenio con el Ministerio de Defensa para el empleo de objetores. El Ministerio suministra a la entidad que ha hecho el convenio una suma para la manutención del objetor, suma que debería ser equivalente a la suma necesaria para la manutención de un soldado. El servicio dura ocho meses más que el servicio militar.

Entre las entidades que han hecho el convenio se encuentran municipios, regiones, comunidades de montaña; hay hospitales y diversas instituciones (para niños, minusválidos, para ancianos, para enfermos mentales): hay entidades religiosas (valdenses, hebreos, católicos: entre estos últimos destaca, por la amplitud de sus prestaciones, la *Cáritas Italiana*, que emplea en diversos servicios civiles un contingente de objetores que oscila en un promedio de 2.000); hay asociaciones culturales, de naturaleza política (como la *ARCI*, de área comunista) o apolítica (como «*Nuestra Italia*» y el *W. W. F.*); hay asociaciones pacifistas (como el *MIR —Movimiento Internacional de Reconciliación—*).

4. Desgraciadamente el Ministro de Defensa no ha demostrado, en estos años, haber tratado a los objetores con imparcialidad y objetividad. Ha hecho todo lo posible para desalentar la objeción de conciencia, creando enormes malestares para los jóvenes que objetan. El malestar más grave es el causado por el retraso con el que el Ministro da salida a las peticiones de los objetores:

La ley señala seis meses desde la presentación de la petición. Pero, tratándose de un plazo no perentorio, no se respeta casi nunca. Los objetores, generalmente, tienen que esperar un año, año y medio o dos años, antes de que el Ministro despache la petición, y esto crea una grave discriminación entre el objetor (que espera indefinidamente el beneplácito del Ministro) y el militar (el cual se ve enviado en seguida al servicio militar, con la llamada del propio destacamento).

Este punto es tan candente que ha originado incluso un juicio ante el Tribunal Constitucional por violación del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Ante el gran malestar surgido entre los objetores y ante el creciente número de los objetores mismos, el Ministerio se ha encontrado en dificultades en un cierto momento. Cuando un fenómeno adquiere mayores proporciones llegando a rozar los intereses de millares de ciudadanos, se convierte en un hecho de gran relevancia social y es necesario acudir a los remedios. El Ministro de Defensa ha intentado poner el remedio con una circular de septiembre de 1979, llamada «circular de los veintiséis meses»: Esta circular exonera de toda obligación de servicio militar y de servicio civil a los objetores que, después de presentada la petición, hayan totalizado una espera de veintiséis meses (período que corresponde a los veinte meses del servicio civil más los seis meses del plazo dentro del cual el Ministro debería haberla despachado). Prácticamente es como decir: «Quedaos en casa; no sé qué hacer con vuestro servicio civil». Quien haya totalizado una espera inferior a los veintiséis meses, puede igualmente hacer uso de la circular, haciendo un servicio civil con una duración igual a la diferencia entre el período de espera y los veintiséis meses; en la práctica, por ejemplo, quien haya esperado un año y medio (esto es, dieciocho meses) estará en regla si hace sólo ocho meses de servicio civil (esto es, la diferencia entre dieciocho y veintiséis meses).

Esta circular (ya de por sí muy grave, porque deroga la ley) no se ha limitado a reglamentar el pasado, regulando la posición de muchos jóvenes en espera, sino que ha dispuesto también para el futuro. De esta manera ha causado inevitablemente el descrédito de la objeción de conciencia, ya que ha contribuido a presentar al objetor como un joven que, por medio de una espera de veintiséis meses, logra substraerse a todo deber de solidaridad social (militar y civil) y hacer su propio capricho.

Por esto hay muchos objetores que, coherentes hasta el fondo con sus propias convicciones, reaccionan negándose a servirse de la circular tal como es, y se «autodestacan», comenzando por propia iniciativa y por su cuenta y riesgo el servicio civil que el Ministro tarda en autorizar. De este modo ellos podrán, sí, utilizar la circular de los veintiséis meses cuando se publique la decisión ministerial; pero lo harán con la perfecta conciencia de haber

cumplido substancialmente sus deberes hacia la sociedad. Y hay también objetores que rehúsan de raíz la circular, evitando por tanto utilizarla; éstos, una vez cumplidos sus veinte meses de servicio autodestacado, se autolicencian ignorando a la circular, y por tanto —habiendo hecho solamente pocos meses de servicio civil después de la decisión ministerial de reconocimiento— se exponen a un proceso por deserción, ya que el objetor que abandona el servicio civil antes de su cumplimiento, está llamado a responder del delito de deserción.

5. Respecto al número de los objetores en Italia, el Ministerio de Defensa no suministra datos estadísticos oficiales «atrincherándose» tras el secreto militar.

Según cálculos dignos de consideración, en 1982 los objetores que presentaron petición de admisión para el servicio civil fueron aproximadamente 20.000, y esta cifra parece haberse aumentado en 1983. Si se piensa que cuando entró en vigor la ley núm. 772 los objetores eran solamente unos centenares, se podrá medir el camino que el fenómeno ha recorrido en estos años en Italia.

Han sido presentados al Parlamento varios proyectos para la reforma de la ley sobre la objeción de conciencia.

Los principales puntos de debate son:

1) Considerar la objeción de conciencia como un verdadero y propio derecho subjetivo del ciudadano, y no solamente como un beneficio, fruto de una concesión del Ministro de Defensa.

2) Abolir la comisión que estima las motivaciones de los objetores y que constituye un inadmisibles tribunal de la conciencia.

3) Atribuir importancia a los motivos de conciencia «tout court», sin la pretensión de etiquetar estos mismos motivos en categorías preestablecidas (religiosas, morales, filosóficas).

4) Igualar la duración del servicio civil a la del servicio militar, o, por lo menos, reducir la gran diferencia de duración (que hoy es de más de ocho meses).

5) Imponer al Ministro de Defensa un plazo perentorio para la decisión sobre las peticiones de los objetores, introduciendo el mecanismo del así llamado «silencio-otorgamiento» (si el Ministro no decide dentro del plazo, la petición se considera otorgada).

6) Substraer de la dependencia del Ministro de Defensa al objetor que preste su servicio civil: Es la así denominada desmilitarización de los objetores, que deberían depender o de las Regiones o de los Ministerios a los que pertenecen los diversos servicios civiles (Ministerio de Sanidad, de Agricultura, de Bienes culturales, de Protección Civil, etc.).

6. Me he extendido un poco en la experiencia italiana porque es conveniente conocerla con el fin de evitar los inconvenientes y los errores que esta experiencia ha puesto de relieve. Pero no querría que algunos aspectos decepcionantes de esta experiencia

ofuscasen la formidable carga ideal que posee la objeción de conciencia y la gran contribución que ésta puede dar para la difusión de una cultura de paz.

Por eso, permitidme que dedique unos minutos más a una breve explicación de la historia de la objeción de conciencia. Soy un apasionado de la historia y estoy convencido de que el estudio de la historia nos permite volver a encontrar nuestro territorio interior, las raíces de nuestro compromiso; significa localizar los fermentos que han hecho fermentar a la humanidad; significa encontrar personalidades de gran importancia y nutrirse con la linfa de sus pensamientos; significa también tomar conciencia de los errores del pasado para obrar de modo que se eviten en el futuro.

Ahora, en la cultura europea clásica encontramos algunas insinuaciones aisladas a la objeción de conciencia. Recuerdo la Antígona de Sófocles frente a las pretensiones tiránicas del rey Creonte, que ha prohibido dar sepultura a los restos de Polinice, Antígona se rebela, desobedeciendo al tirano y apelando a las leyes divinas no escritas e indestructibles, superiores a toda ley humana. El poeta griego Píndaro tiene un canto espléndido contra la guerra: «Dulce cosa es la guerra para quien no ha tenido experiencia de ella...». Y el histórico Herodoto pone en boca del rey Creso una frase fortísima contra la violencia inhumana de la guerra: «Ninguno es loco bastante como para preferir la guerra a la paz; en la paz son los hijos los que entierran a los padres; en la guerra, por el contrario, son los padres los que entierran a sus hijos». También los Romanos nos ofrecen algunas enseñanzas, que están expresadas sobre todo en el pensamiento del gran filósofo Séneca: «Castigamos el homicidio —dice él— cuando lo comete una sola persona y por el contrario, exaltamos como una empresa gloriosa las matanzas en guerra».

Pero es esencialmente con el Cristianismo cuando la objeción de conciencia hace su entrada en la historia y es practicada de un modo firme, coherente, irreductible. Los primeros objetores de conciencia fueron los cristianos que se negaron a adorar a los dioses paganos y a insertarse en la rígida estructura sacral que caracterizaba al imperio romano. Los cristianos tienen como único Señor a Cristo. El Dios de ellos es una realidad absolutamente *distinta* respecto a los dioses paganos. No es aprehensible: No puede ser englobada en el Olimpo de los dioses romanos. Y el imperio advierte en seguida que se encuentra frente a una contestación que, en este punto, es irreductible. Esta contestación es expresa también en la negativa al servicio militar. Es una negativa que surgirá sobre todo en el siglo III y que encontrará la propia motivación por una parte en la fe en Jesucristo (incompatible con el reconocimiento del emperador-dios) y por otra parte en la no violencia predicada y practicada por Cristo. Los objetores son muchos. Se llaman Maximiliano, Marino, Julio, Marcelo, Tipasio, etc. Recuerdo especialmente a Maximiliano, el cual opone al próconsul

Dione (que quiere enrolarlo en el ejército romano) su firme «Non possum militare; nos possum malefacere; christianus sum». Las actas de los procesos a estos objetores nos transmiten el perfil de figuras bellísimas de testigos de la fe decididos, mesurados, lucidísimos, que han entendido hasta el fondo la esencia del mensaje cristiano: La llamada a ser artífices de paz y de amor, no artífices de violencia y de guerra.

Pero al principio del siglo IV se llega a la «revuelta» del camino: La denominada vuelta constantiniana. Constantino ha entendido la gran fuerza de la Iglesia y quiere hacérsela aliada. Con el Edicto de Milán le da la libertad. Pero a aquel hecho positivo se acompaña una maniobra envolvente, destinada a unir el poder eclesiástico al poder imperial, a instaurar una relación de «do ut des», a hacer de la religión un «instrumentum regni», a justificar pesadas ingerencias imperiales en la vida de la Iglesia. Gradualmente los cristianos, que habían sido los primeros objetores de conciencia, se convierten, para el imperio, en los únicos militares dignos de confianza. En la Iglesia ya no se habla de objeción de conciencia, sino sólo de obediencia de la Autoridad. Los cristianos quedan como los únicos dignos de servir al emperador en el ejército, y se decreta la expulsión de los hebreos del ejército, después de los herejes, y finalmente la de los paganos. Se ha operado, en el transcurso de un siglo, una verdadera y propia inversión. La fuerza profética del mensaje evangélico ha quedado enjaulada en las estructuras de un compromiso político.

La Iglesia Católica arrastrará este pesado fardo durante siglos. Será necesario llegar al Concilio Vaticano II (1962-1965) para registrar una inversión de tendencias y para oír hablar nuevamente, en el interior de la Iglesia y de manera oficial, de objeción de conciencia al servicio militar.

A decir verdad, no habían faltado, en los siglos intermedios, voces proféticas y autorizadas en la Iglesia Católica. En el año 350 d.C. (después de Cristo), a los pocos años del Edicto de Milán, Martín de Tours había opuesto una inflexible objeción de conciencia al emperador Juliano. En 1219 San Francisco, en pleno tiempo de las cruzadas, había querido ir a Tierra Santa, desarmado y fuerte sólo de la palabra de Dios, para hablar con Soldano; en 1221 el obispo de Rimini fue autorizado por el Papa para defender a un grupo de objetores contra las autoridades ciudadanas. En el siglo XV se elevará a favor de la objeción de conciencia la voz de Erasmo de Rotterdam, el gran humanista católico holandés, reconocido en toda Europa como una de las personalidades más autorizadas de la cultura: En el marco de una incansable producción literaria contra la guerra y a favor de la paz él escribirá la «Querela Pacis», que ha sido justamente definida como la primera arenga en favor de la objeción de conciencia.

Pero junto a Erasmo quiero recordar aquí a dos queridísimos amigos suyos. El inglés Tomás Moro, altísimo dignatario de la

corte del Rey Enrique VIII que elevó una serena e irreductible objeción de conciencia al rey, negándose a reconocerlo como cabeza de la iglesia de Inglaterra. Y el español Juan Luis Vives, humanista de altísimo ingenio, nacido en Valencia en 1492 y muerto en Brujas en 1540, que condenó toda clase de guerra, aún por causa justa, y que escribió al Papa en 1522: «Hay algunos hombres doctos que, consultados acerca de la guerra, saben razonar de tal manera sobre la guerra justa y guerra injusta que fácilmente los príncipes basándose en sus razonamientos legitiman sus pasiones y llegan a estimar justa la guerra cómoda; pero Cristo no es ni griego, ni judío, ni francés, ni español».

A nivel de enseñanza oficial de iglesia, desde la Edad Media en adelante la objeción de conciencia al ejército y a la guerra es cultivada especialmente por las iglesias cristianas reformadas. Recuerdo la iglesia valdense, firme sostenedora de la negación a la violencia en todos los niveles. Pero también las iglesias nacidas de la reforma luterana mantuvieron viva en el curso de los siglos la afirmación de la no violencia y de la objeción de conciencia a la guerra y al servicio militar. Basta pensar en las diversas confesiones protestantes: Anabaptistas, cuáqueros, mormones, menonistas, metodistas, etc., a los cuales se añaden hoy los Testigos de Jehová.

También fuera del área cristiana la objeción de conciencia encontró lugar y afirmación. A mediados del siglo XVIII David Henry Thoreau, en Estados Unidos, practicaba la objeción de conciencia fiscal contra la guerra imperialista que los Estados Unidos mantienen en Méjico, y escribe un ensayo sobre la desobediencia civil. Este ensayo se hizo famoso y ejerció mucha influencia sobre Gandhi. Las ideas de Thoreau inspiraron el compromiso del joven Gandhi en Sudáfrica a favor de los inmigrantes indios y de sus derechos civiles. Y Gandhi, al volver a la India, fue el primero en extender el principio de la no violencia desde el plano individual al plano social y político, haciendo de él un principio operativo para la acción de masas. La objeción de conciencia y la no violencia, practicadas por todo un pueblo, tendrán enormes resultados políticos y demostrarán, justamente a nivel práctico, la eficacia de la no violencia y su superioridad sobre la violencia.

Por otra parte, dos grandes artistas españoles han denunciado la deshumanización de la violencia y de la guerra. Los dramáticos aguafuertes «Los desastres de la guerra», de Goya, constituyen una angustiada y terrible denuncia de los horrores y de las masacres que toda guerra lleva consigo. Y la gran tela de Picasso dedicada a Guernica no es otra cosa sino un gran grito contra la guerra, exclamado con fuerza de intensidad impresionante.

Este mensaje es, hoy, más actual que nunca, de cara a los armamentos nucleares, al equilibrio del terror, al peligro realísimo de un exterminio atómico. Más que nunca, hoy, la objeción de

conciencia al servicio militar, a la guerra, a la violencia, es una actitud que hay que practicar y que hay que difundir: Esta constituye el signo de un modo nuevo de concebir las relaciones entre los hombres y entre los pueblos; y su difusión entre los jóvenes de todos los países (y no solamente del Occidente) constituye un gran motivo de esperanza en el futuro de la humanidad.

SECCION LEGISLATIVA

SUMARIO *: I. *Leyes Orgánicas*: L. O. 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras. L. O. 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».—II. *Leyes Ordinarias*: Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.—III. *Disposiciones Reglamentarias*: RD 1436/1984, de 20 de junio, sobre normas provisionales de coordinación de las Administraciones Penitenciarias. RD 1338/1984, de 4 de julio, sobre medidas de seguridad en Entidades y establecimientos públicos y privados. Resolución de 4 de abril de 1984, por la que se dictan normas complementarias para el control de determinadas sustancias psicoactivas. O. de 30 de mayo de 1984, por la que se incluye en la Lista I, anexa al Convenio único de 1961, sobre estupefacientes, la sustancia alfentanil.—IV. *Convenios Internacionales*: Instrumento de ratificación de 21 de mayo de 1984 del Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre. Instrumento de adhesión de 9 de marzo de 1984 a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.—V. *Proyectos de Ley*: Orgánica contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Modificación de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Orgánica). Extradición Pasiva. Protección Civil. Patrimonio Histórico Español. Convención sobre prevención y castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos. Declaraciones formuladas por el Gobierno español en el momento de la firma del Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas. Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975. Protocolo adicional, de 17 de marzo de 1978, al Convenio Europeo de Extradición. Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte.

I. LEYES ORGANICAS

LEY ORGANICA 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras. («B. O. E.», núm. 126, de 26 de mayo de 1984.)

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:

La facultad de formar Comisiones de Investigación atribuida por la Cons-

* Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

titución a las dos Cámaras de las Cortes Generales configuran un deber constitucional cuyas condiciones de ejercicio aconsejan, para su más correcta efectividad, el desarrollo normativo de los supuestos y consecuencias del incumplimiento voluntario de sus previsiones, así como la determinación de los derechos reconocidos a la persona requerida para informar.

A tal fin, y sin perjuicio de las especialidades procedimentales establecidas en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, resulta necesario que la Ley fije el marco de garantías en que los supuestos sancionadores han de aplicarse.

Por ello, la presente Ley viene a establecer los requisitos de validez en que han de producirse los requerimientos para comparecer ante las Comisiones de Investigación, a fin de que el incumplimiento voluntario de un requerimiento válidamente formulado se tipifique penalmente como desobediencia grave.

Artículo primero.

1. Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento de las Comisiones de Investigación nombradas por las Cámaras Legislativas.

2. Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.

Artículo segundo.

1. Los requerimientos para comparecer se formularán mediante citación fehaciente de la Presidencia de la Cámara respectiva o del Presidente del Congreso en el caso de las Comisiones Mixtas de Investigación del Congreso y del Senado, en los términos establecidos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y en forma de oficio, en el que se hará constar:

a) La fecha del acuerdo en virtud del cual se requiere y la Comisión de Investigación ante la que se ha de comparecer.

b) El nombre y los apellidos del requerido y las señas de su domicilio.

c) El lugar, el día y la hora en que haya de comparecer el requerido con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de desobediencia.

d) El tema sobre el que deba versar el testimonio.

e) La referencia expresa a los derechos reconocidos en esta Ley al requerido.

2. La notificación habrá de hacerse con quince días de antelación respecto de la fecha en que haya de comparecer el requerido. Cuando se considere que concurren circunstancias de urgente necesidad, podrá hacerse en un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días.

3. El requerimiento a las personas jurídicas se entenderá dirigido a quienes ostenten su representación legal, los cuales podrán comparecer acom-

pañados por aquellas personas que designe el órgano social de administración correspondiente.

4. Cuando el requerido reuniera la condición de funcionario público, se enviará copia de la citación a su superior jerárquico a los solos efectos de su conocimiento.

Artículo tercero.

1. El acto de comparecencia para informar ante Comisiones de Investigación se desarrollará en la forma y por el procedimiento que establezcan los Reglamentos de las Cámaras. Previa conformidad del Presidente de la Comisión, el ciudadano requerido podrá comparecer acompañado de la persona que designe para asistirlo.

2. Si de las manifestaciones del compareciente se dedujeran indicios racionales de criminalidad para alguna persona, la Comisión lo notificará a la Mesa de la Cámara para que ésta, en su caso, a través de la Presidencia respectiva, lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Artículo cuarto.

1. El requerido que dejara voluntariamente de comparecer para informar ante una Comisión de Investigación incurrirá en un delito de desobediencia grave.

2. Cuando a juicio de la Presidencia de la Cámara se pusiesen de manifiesto causas que justifiquen la incomparecencia, podrá efectuarse una ulterior citación, en los términos previstos en el artículo segundo.

Artículo quinto.

Los gastos que como consecuencia del requerimiento se deriven para los obligados a comparecer, les serán abonados, una vez debidamente justificados, con cargo al presupuesto de la respectiva Cámara.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 24 de mayo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY ORGANICA 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus». («BOE», núm. 126, de 26 de mayo, 1984.)

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:

EXPOSICION DE MOTIVOS

El constitucionalismo moderno tiene un objetivo fundamental, que constituye, al mismo tiempo, su raíz última: el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos. Las constituciones que son verdaderamente tales se caracterizan, precisamente, porque establecen un sistema jurídico y político que garantiza la libertad de los ciudadanos y porque suponen, por consiguiente, algo más que una mera racionalización de los centros de poder.

Nuestra Constitución ha configurado, siguiendo esa línea, un ordenamiento cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por otra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento. De ahí que el texto constitucional regule con meticulosidad los derechos fundamentales, articulando unas técnicas jurídicas que posibiliten la eficaz salvaguarda de dichos derechos, tanto frente a los particulares como, muy especialmente, frente a los poderes públicos.

Una de estas técnicas de protección de los derechos fundamentales —del más fundamental de todos ellos: el derecho a la libertad personal— es la institución del «Habeas Corpus». Se trata, como es sabido, de un instituto propio del Derecho anglosajón, donde cuenta con una antiquísima tradición y se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público. Su origen anglosajón no puede ocultar, sin embargo, su raigambre en el Derecho histórico español, donde cuenta con antecedentes lejanos como el denominado «recurso de manifestación de personas» del Reino de Aragón y las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya y otros ordenamientos forales, así como con antecedentes más próximos en las Constituciones de 1869 y 1876, que regulaban este procedimiento, aun cuando no le otorgaban denominación específica alguna.

El «Habeas Corpus» ha demostrado históricamente su funcionalidad para proteger la libertad de los ciudadanos. De ahí que la Constitución, en el número 4 del artículo 17, recoja esta institución y obligue al legislador a regularla, completando, de esta forma, el complejo y acabado sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra norma fundamental. La regulación del «Habeas Corpus» es, por consiguiente, un mandato constitucional y un compromiso de los poderes públicos ante los ciudadanos.

La pretensión del «Habeas Corpus» es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales. Por consiguiente, el «Habeas Corpus» se configura como una comparecencia del detenido ante el Juez, comparecencia de la que proviene etimológicamente la expresión que da nombre al procedimiento, y que permite al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el Juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención.

La eficaz regulación del «Habeas Corpus» exige, por tanto, la articulación de un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la inmediata verificación y judicial de la legalidad y las condiciones de la detención y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos y permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial.

Estos son los objetivos de la presente Ley orgánica, que se inspira para ello en cuatro principios complementarios. El primero de estos principios es la agilidad, absolutamente necesaria para conseguir que la violación ilegal de la libertad de la persona sea reparada con la máxima celeridad, y que se consigue instituyendo un procedimiento judicial sumario y extraordinario rápido, hasta el punto de que tiene que finalizar en veinticuatro horas. Ello supone una evidente garantía de que las detenciones ilegales, o mantenidas en condiciones ilegales, finalizarán a la mayor brevedad.

En segundo lugar, la sencillez y la carencia de formalismos, que se manifiestan en la posibilidad de la comparecencia verbal y en la no necesidad del Abogado y Procurador, evitarán dilaciones indebidas y permitirán el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de conocimiento de sus derechos y de sus medios económicos, al recurso de «Habeas Corpus».

En tercer lugar, el procedimiento establecido por esta Ley se caracteriza por la generalidad que implica, por un lado, que ningún particular o agente de la autoridad puede sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la Autoridad Militar, y que supone, por otro lado, la legitimación de una pluralidad de personas para instar el procedimiento, siendo de destacar a este respecto la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo como garantes, respectivamente, de la legalidad y de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En fin, la Ley está presidida por una pretensión de universalidad, de manera que el procedimiento de «Habeas Corpus» que regula alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal —ya porque la detención se produzca contra lo legalmente establecido, ya porque tenga lugar sin cobertura jurídica—, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

Parece fuera de toda duda que la regulación de un procedimiento con las características indicadas tiene una enorme importancia en orden a la protección de la libertad de las personas, así como que permite añadir un eslabón más, y un eslabón importante en la cadena de garantías de la libertad personal que la Constitución impone a nuestro ordenamiento, España se incorpora, con ello, al reducido número de países que establecen un sistema acelerado de control de las detenciones o de las condiciones de las mismas.

Artículo primero.

Mediante el procedimiento del «Habeas Corpus», regulado en la presente Ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente.

A los efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas:

a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.

b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.

d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

Artículo segundo.

Es competente para conocer la solución de «Habeas Corpus» el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente.

En el ámbito de la Jurisdicción Militar será competente para conocer de la solicitud de «Habeas Corpus» el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.

Artículo tercero.

Podrán instar el procedimiento de «Habeas Corpus» que esta Ley establece:

a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.

b) El Ministerio Fiscal.

c) El Defensor del Pueblo.

Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente a que se refiere el artículo anterior.

Artículo cuarto.

El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

En dicho escrito o comparecencia deberán constar:

a) El nombre y circunstancias personales del solicitante, y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta Ley.

b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes.

c) El motivo concreto por el que se solicita el «Habeas Corpus».

Artículo quinto.

La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de «Habeas Corpus», formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo custodia.

Si incumplieren esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir.

Artículo sexto.

Promovida la solicitud de «Habeas Corpus» el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno.

Artículo séptimo.

En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, oirá el Juez a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiera designado así como al Ministerio Fiscal, acto seguido otra en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad. *ém*

El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, los jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán la resolución que proceda.

Artículo octavo.

Practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones:

1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta Ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizado.

2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta Ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

- a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.
- b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si lo considerase necesario, en establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban.
- c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Artículo noveno.

El Juez deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse por quienes hubieran ordenado la detención, o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad.

En los casos de delito de denuncia falsa o simulación de delito se deducirá, asimismo, testimonio de los particulares pertinentes, al efecto de determinar las responsabilidades penales correspondientes.

En todo caso, si se apreciase la temeridad o mala fe, será condenado el solicitante al pago de las costas del procedimiento; en caso contrario, éstas se declararán de oficio.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al 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.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

II. LEYES ORDINARIAS

*LEY 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar. («B. O. E.», nú-
140, de 12 de junio de 1984.)*

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:

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo primero.

1. Los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. El Servicio Militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la Defensa Nacional.

3. Su cumplimiento se ajustará a lo establecido en la presente Ley, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y demás disposiciones que se dicten en su desarrollo.

Artículo segundo.

El Servicio Militar podrá prestarse, en cualquiera de los tres Ejércitos, en la forma siguiente:

- a) Servicio obligatorio.
- b) Servicio voluntario normal.
- c) Servicio voluntario especial.
- d) Servicio para la formación de cuadros de mandos y especialistas tanto para las Escalas de Complemento como para la Reserva Naval.

Artículo tercero.

A los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Reclutamiento: El conjunto de operaciones conducentes a la organización y distribución del contingente anual.

2. Organos de reclutamiento: Los Ayuntamientos, Oficinas Consulares de Carrera, Centros Provinciales de Reclutamiento, los de los Cuarteles Generales de los Ejércitos y los centrales del Ministerio de Defensa.

3. Mozos: Los españoles sujetos a reclutamiento, desde el primero de enero del año en que cumplen los dieciocho de edad hasta su pase a la situación de disponibilidad, prevista en el artículo 26.

4. Reclutas: Los españoles sujetos a las obligaciones del Servicio Militar, desde que pasan a la situación de disponibilidad hasta que prestan juramento de fidelidad a la Bandera, juramento que se realizará de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes.

5. Reemplazo anual: El conjunto de españoles que en el año cumplan los diecinueve de edad.

6. Contingente anual: El conjunto de los que durante el año se incorporan a la situación de actividad, prevista en el artículo 28. Comprende a los que se incorporan de entre los declarados útiles de cada reemplazo, los que hayan de incorporarse de reemplazos anteriores y los voluntarios normales.

7. Residentes en el extranjero: Los españoles que acrediten su permanencia fuera del territorio nacional desde el primero de enero del año en que cumplan los diecisiete de edad.

8. Autoridades Militares Jurisdiccionales: Los Generales o Almirantes Je-

fes con mando sobre cada una de las demarcaciones territoriales específicas de cada Ejército.

Artículo cuarto.

Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley tendrán plena capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de los derechos reconocidos en la misma.

Artículo quinto.

1. Tanto en el período de Servicio en Filas, del servicio obligatorio, como en los supuestos de las medidas tercera y cuarta del artículo sexto, 2, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeñaba, pasando a la situación que prevea la legislación laboral aplicable en cada momento.

La suspensión del contrato de trabajo por Servicio Militar será considerada, a efectos de la acción protectora derivada de la Seguridad Social y con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan, como situación asimilada a la de alta.

2. Asimismo, los Centros de Enseñanza estarán obligados a reservar las plazas de los estudiantes que fueran llamados a cumplir el Servicio en Filas o en los supuestos de las medidas 3.ª y 4.ª del apartado 2 del artículo 6.º

3. Los mismos derechos alcanzarán también al voluntariado normal y al voluntariado especial durante el primer compromiso, siempre que este último no supere los dieciocho meses, y a los comprendidos en el apartado d) del artículo 2.º durante el tiempo que tengan que permanecer en filas para su formación y prácticas.

4. Los funcionarios públicos pasarán a la situación administrativa establecida en su régimen estatutario.

Artículo sexto.

1. Las operaciones de reclutamiento y la prestación del Servicio Militar se llevarán a cabo con los procedimientos en los plazos y con la duración que se determinen en esta Ley y en el Reglamento que la desarrolle.

2. No obstante, con carácter excepcional, con las exenciones que estime convenientes, y previo informe de la Junta de Jefes de Estado Mayor, el Gobierno podrá optar por Real Decreto las medidas siguientes:

Primera.—Variar las fechas o plazos fijados para cada una de las operaciones de reclutamiento.

Segunda.—Suspender las exclusiones temporales y las autorizaciones de salida al extranjero o de embarco, como tripulante, en buques o aeronaves extranjeros.

Tercera.—Ordenar, con fines de instrucción y maniobras, la reincorporación a filas de todo o parte del personal que se encuentre en situación de reserva, por períodos que, en total, no excedan de treinta días al año.

Cuarta.—Ordenar, con fines de instrucción y maniobras, la reincorporación total o parcial del personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval que juzgue necesario, por períodos que, en total, no excedan de treinta días al año.

Quinta.—Ordenar, en caso de movilización total o parcial, la reincorporación de todo o parte del personal que se encuentre en la situación de reserva.

Sexta.—Demorar, en caso de movilización total o parcial, el pase de una a otra situación militar.

Séptima.—Disponer, en caso de movilización total o parcial, la revisión de los expedientes de aquellos a quienes en su día se les declaró excluidos totalmente del Servicio Militar.

CAPITULO II

Reclutamiento

SECCION PRIMERA

Reclutamiento para el Servicio obligatorio

Artículo séptimo.

El reclutamiento de quienes hayan de prestar el Servicio Militar con carácter obligatorio comprende las siguientes fases:

- a) Alistamiento.
- b) Clasificación provisional.
- c) Clasificación definitiva y, en su caso, revisión.
- d) Distribución del contingente anual.

Artículo octavo.

1. El aislamiento consiste en las operaciones encaminadas a establecer las listas de los españoles que cumplan en el año los dieciocho años de edad. Estas listas serán confeccionadas por los correspondientes Ayuntamientos y Oficinas Consulares de Carrera.

2. Todos los españoles están obligados, dentro del último trimestre del año en que cumplen los diecisiete de edad, a pedir por sí o por delegación, la inscripción a efectos de alistamiento, en el Ayuntamiento o Consulado correspondiente a su lugar de residencia.

3. Los órganos de reclutamiento darán publicidad a la obligatoriedad de esta inscripción.

4. Quienes no efectúen la inscripción en el plazo señalado no podrán ser declarados excedentes del contingente, excepto por circunstancias extraordinarias debidamente justificadas.

5. Los que por razón de su profesión, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, estén obligados a prestar el Servicio Militar en la Armada, constituyen la Matrícula Naval Militar.

Artículo noveno.

1. Las listas a la que se refiere el artículo anterior se formarán tomando como base:

- a) Las inscripciones obligatorias.
- b) Los datos de los Patrones Municipales de habitantes.
- d) Las relaciones facilitadas por los correspondientes Registros Civiles.
- d) Los datos de los Registros de Matrículas de españoles existentes en los Consulados y representaciones de España en el extranjero.

2. Los Organos de reclutamiento quedan facultados para recabar directamente de los Organismos de la Administración Pública, cuantos datos e informes consideren necesarios en relación con el alistamiento. El Organismo requerido queda obligado a proporcionar la información solicitada en los plazos que reglamentariamente se determinen.

Artículo décimo.

Al finalizar el alistamiento, los Ayuntamientos y Oficinas Consulares de Carrera efectuarán la clasificación provisional de los mozos incluyéndolos en alguno de los grupos siguientes:

- a) Útiles para el Servicio Militar.
- b) No aptos para el Servicio Militar.
- c) Solicitantes de prórrogas.
- d) Solicitantes de exención del Servicio Militar.
- e) Pendientes de clasificación.

Artículo undécimo.

Al finalizar la clasificación provisional, los Ayuntamientos y Oficinas Consulares de Carrera remitirán las listas de clasificación y las fichas de inscripción obligatoria que hubieran recibido, los primeros a los correspondientes Centros Provinciales de Reclutamiento y las segundas al Centro de Reclutamiento para Residentes en el extranjero.

Artículo duodécimo.

1. Los Centros Provinciales de Reclutamiento, a partir de la clasificación provisional, de los reconocimientos médicos y psicológicos y de las alegaciones contenidas en las fichas de inscripción, así como cualquier otra información, procederán a efectuar la clasificación definitiva de los mozos alistados, operación encaminada a incluirlos en algunos de los grupos siguientes:

- a) Útiles para el Servicio Militar.
- b) Excluidos totalmente del Servicio Militar.
- c) Excluidos temporalmente del contingente anual.
- d) Exentos del Servicio Militar.
- e) Exentos del Servicio en Filas.
- f) Prófugos.

2. Para los residentes en el extranjero, el Centro de Reclutamiento para Residentes en el extranjero, de la Junta Central de Reclutamiento, clasificará definitivamente a los mozos, teniendo en cuenta la documentación remitida por las Oficinas Consulares de Carrera.

Artículo decimotercero.

Son competentes para efectuar la clasificación definitiva y, en su caso, la revisión de la misma, las Juntas de Clasificación y Revisión de los Centros Provinciales de Reclutamiento y las del Centro de Reclutamiento para residentes en el extranjero.

Contra sus acuerdos cabe recurso de alzada ante la correspondiente Autoridad Militar Jurisdiccional que dictará resolución definitiva en vía administrativa.

Contra dicha resolución podrá interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Artículo decimocuarto.

1. Corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, determinar la cuantía de los efectivos del contingente anual a incorporar a filas.

2. La distribución del contingente anual, a disposición de las Fuerzas Armadas, es la operación por la cual se reparten los efectivos del mismo entre el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, así como entre las correspondientes demarcaciones territoriales específicas de cada Ejército. Es competente para realizarla el Ministro de Defensa, a propuesta de la Junta de Jefes de Estado Mayor.

3. En la medida que lo permitan las necesidades de la Defensa Nacional, el Servicio Militar obligatorio se cumplirá en la demarcación territorial militar que constituya la residencia habitual del mozo. A tal efecto, mediante sorteo anual se realizarán las siguientes operaciones:

- a) Designación de los mozos que han de cubrir los cupos anuales asignados a cada Ejército.
- b) Designación de los mozos excedentes de contingente, si los hubiere.
- c) Designación de la demarcación territorial específica de cada Ejército en la que han de realizar su Servicio en Filas.
- d) Asignación de llamamiento, si procede.

SECCION SEGUNDA

*Reclutamiento para el voluntariado normal**Artículo decimoquinto.*

Todo español podrá solicitar la prestación del Servicio Militar con carácter voluntario normal, en cualquier Ejército, desde el primero de enero del año en que cumpla los diecisiete de edad, siempre que no esté incorporado a otro Ejército o su reemplazo no haya pasado a la fase de distribución del contingente.

Artículo decimosexto.

1. Los voluntarios normales, al hacer su solicitud, podrán elegir la demarcación territorial específica del Ejército donde quieran prestar su Servicio

Militar. Si las posibilidades y necesidades de los Ejércitos lo permiten esta elección podrá ampliarse a localidad, Unidad, Centro u Organismo.

2. Los voluntarios vendrán obligados a seguir las vicisitudes de la Unidad, Centro u Organismo a la que sean destinados.

Artículo decimoséptimo.

Cada Ejército seleccionará estos voluntarios de acuerdo con el cupo fijado por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Junta de Jefes de Estado Mayor, de acuerdo con las necesidades de cada Ejército y las condiciones previamente establecidas.

SECCION TERCERA

Reclutamiento para el voluntariado especial

Artículo decimoctavo.

1. Todo español podrá solicitar la prestación del Servicio Militar con carácter de voluntario especial. Este voluntariado tiene por finalidad cubrir, en cada Ejército, determinados puestos de especialidades o la totalidad de las plantillas de las Unidades Especiales que se determinen.

2. Corresponde al Ministro de Defensa:

- a) Fijar los cupos de este voluntariado.
- b) Fijar los puestos de especialidades a cubrir en cada Ejército.
- c) Determinar las Unidades Especiales.

Artículo decimonoveno.

Cada Ejército seleccionará estos voluntarios de acuerdo con el cupo asignado y las condiciones que reglamentariamente se determinen.

SECCION CUARTA

Reclutamiento para la Escalas de Complemento y Reserva Naval

Artículo vigésimo.

Todos los españoles podrán prestar el Servicio Militar en períodos de formación y prácticas para el ingreso en las Escalas de Complemento y Reserva Naval, siempre que cumplan las condiciones requeridas por las disposiciones que regulen esta forma de prestación de Servicio Militar.

Artículo vigésimo primero.

El Ministro de Defensa, previo informe de la Junta de Jefes de Estado Mayor, determinará en cada contingente anual los cupos asignados a esta forma de prestación de Servicio Militar. La selección de este personal, será realizada por cada Ejército.

SECCION QUINTA

Disposiciones comunes

Artículo vigésimo segundo.

El compromiso del personal que presta el Servicio Militar en cualquier Ejército, en las formas b), c) y d) del artículo segundo podrá rescindirse por resolución judicial o resolución gubernativa, esta última de acuerdo con las causas que, reglamentariamente, se determinen.

Artículo vigésimo tercero.

En los casos de rescisión del compromiso motivados por infracción, contemplados en el artículo anterior, será abonable el tiempo de permanencia en filas, debiendo realizar como servicio obligatorio el que reste hasta completar el que le queda por cumplir del compromiso contraído antes de la rescisión.

Artículo vigésimo cuarto.

El compromiso del personal que presta el Servicio Militar en cualquier Ejército en las formas a), b) y c) del artículo segundo, podrá ampliarse a solicitud del interesado, de acuerdo con las necesidades de los Ejércitos y con las disposiciones que regulen estas formas de prestación.

CAPITULO III

Situaciones en el Servicio Militar

SECCION PRIMERA

Disposiciones generales

Artículo vigésimo quinto.

1. El Servicio Militar tendrá una duración normal de quince años.
2. El Servicio Militar comprende las siguientes situaciones:
 - a) Disponibilidad.
 - b) Actividad o Servicio en Filas.
 - c) Reserva.

SECCION SEGUNDA

Situación de disponibilidad

Artículo vigésimo sexto.

La situación de disponibilidad empieza el primero de enero del año en que se cumplan los diecinueve de edad y termina en la fecha en que el recluta debe incorporarse a la de actividad en el llamamiento que le corresponda, o la de reserva si no ha de prestar Servicio en Filas.

La situación de disponibilidad tendrá una duración máxima de un año para los que hayan sido declarados «Útiles para el Servicio Militar» en la clasificación definitiva.

Artículo vigésimo séptimo.

Los reclutas en situación de disponibilidad dependerán del Ejército al que hayan sido destinados.

Las relaciones administrativas entre el recluta en situación de disponibilidad y el Ejército de destino se realizarán a través del Centro Provincial de Reclutamiento al que pertenezca.

SECCION TERCERA

Situación de Actividad o Servicio en Filas

Artículo vigésimo octavo.

1. La situación de actividad o Servicio en Filas es el prestado en Unidades, Centros u Organismos de los Ejércitos.

2. La duración de esta situación de actividad o Servicio en Filas será la siguiente:

a) Servicio Obligatorio:

— Doce meses.

b) Servicio Voluntario Normal:

— De quince a veinte meses.

c) Servicio Voluntario Especial:

— De acuerdo con lo que al efecto establezca cada Reglamento Específico y la correspondiente orden de convocatoria. En ningún caso, el Servicio en Filas será inferior a veinte meses.

d) Servicio para ingreso en las Escalas de Complemento y Reserva Naval:

— Como mínimo la misma que se fije para el Servicio Obligatorio, prestándolo en período de formación y prácticas.

3. El Gobierno fijará, dentro de los períodos de tiempo que determina este artículo, la duración del Servicio en Filas.

4. Reglamentariamente se determinará la reducción del período en Filas para aquellos que no lo hayan prestado antes de cumplir los veintiocho años de edad.

Artículo vigésimo noveno.

Los declarados excedentes del contingente deberán efectuar el juramento de fidelidad a la Bandera y podrán ser llamados a cumplir el período inicial de instrucción, de acuerdo con las normas que al respecto dicte el Ministerio de Defensa, pasando una vez realizados a la situación de reserva.

SECCION CUARTA

*Situación de reserva**Artículo trigésimo.*

1. La situación de reserva empezará al término de la actividad o, en su caso, en el momento en que se consolide la exención del Servicio en Filas, y se continuará en ella hasta el primero de enero del año en que se cumplan los treinta y cuatro de edad, en que se expedirá la licencia absoluta. En tal situación, el personal vendrá obligado a pasar las revistas periódicas que se fijen.

2. Todo el personal en situación de reserva estará destinado a efectos de movilización en Unidades o Centros de las Fuerzas Armadas.

3. Cumplido el Servicio en Filas y al pasar a la situación de reserva, todo el personal recibirá de nuevo la Cartilla del Servicio Militar, que deberá conservar en su poder, presentar en las revistas periódicas y demás efectos que se determinen en el Reglamento que desarrolle esta Ley.

CAPITULO IV

De los excluidos, exentos y prófugos

Artículo trigésimo primero.

Será causa de exclusión total del Servicio Militar padecer alguna enfermedad o defecto físico o psíquico de los incluidos como tales en el Cuadro Médico de Exclusiones, vigente en el momento de la clasificación definitiva.

Artículo trigésimo segundo.

Serán causas de exclusión temporal del contingente anual las siguientes:

Primera.—Estar encuadrado como militar en las Fuerzas Armadas.

Segunda.—Padecer alguna enfermedad o defecto físico o psíquico de los incluidos como tales causas en el Cuadro Médico de Exclusiones, vigente en cada momento.

Tercera.—Obtener prórroga de incorporación a filas.

Cuarta.—Estar cumpliendo condena de privación de libertad o sujeto a medidas que resulten incompatibles con la prestación del Servicio en Filas.

Artículo trigésimo tercero.

1. *Las prórrogas de incorporación al Servicio en Filas serán de las clases siguientes:*

Primera.—Por ser necesaria la concurrencia del interesado al sostenimiento de su familia.

Segunda.—Por razón de estudios.

Tercera.—Por tener otro hermano en situación de actividad del Servicio Obligatorio o, en su caso, en la fase equivalente de la prestación social sustitutoria o del servicio civil obligatorio.

Cuarta.—Por alguna de las siguientes causas:

- a) Ser residente en el extranjero.
- b) Por acuerdo del Gobierno, fundado en razones de interés nacional.

Quinta.—Por desempeñar un cargo público por elección popular.

a) La elección para el cargo de Diputado o Senador producirá, para quienes tengan pendiente el cumplimiento del Servicio en Filas, la concesión de una prórroga de incorporación a Filas, cuya duración alcanzará hasta la constitución de las Cortes Generales de la Legislatura inmediatamente posterior a aquella o aquellas para las que fueron elegidos. La pérdida de la condición de Diputado o Senador, por causa diferente a la disolución de las Cámaras, provocará la anulación de la prórroga.

b) La elección como miembro de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, así como de las Corporaciones Locales, para quienes tengan pendiente el cumplimiento del Servicio en Filas, determinará en su favor la concesión de una única prórroga de incorporación a Filas, cuya duración será igual a la del mandato para el que fueron elegidos, en tanto mantengan tal condición.

2. Las prórrogas podrán cesar en caso de movilización.

Artículo trigésimo cuarto.

Será causa de exención del Servicio Militar el ser reconocido y declarado como objetor de conciencia, de acuerdo con la legislación específica.

Artículo trigésimo quinto.

Serán causa de exención del Servicio en Filas:

Primera.—Confirmar la prórroga de primera clase a los tres años de su concesión.

Segunda.—Confirmar, por tercera vez consecutiva, la exclusión temporal por prórroga de cuarta clase.

Tercera.—Para los españoles que hayan permanecido en el extranjero, haberse acogido a la validez mutua del Servicio Militar reconocida en convenio internacional, o haberlo prestado en otro país por imperativo inexcusable de su legislación.

Cuarta.—Para los que adquirieron la nacionalidad española, haber cumplido el Servicio en Filas, o estar exento del mismo, en el país de origen.

Quinta.—Las derivadas de convenios internacionales.

Artículo trigésimo sexto.

Los excluidos totales y los exentos del Servicio en Filas podrán prestar juramento de fidelidad a la Bandera de acuerdo con las normas que al respecto dicte el Ministerio de Defensa.

Artículo trigésimo séptimo.

1. A los efectos de esta Ley, después de efectuada la clasificación provisional, y previa la instrucción del oportuno expediente serán declarados prófugos:

a) Los mozos incluidos en el alistamiento que, estando obligados a presentarse personalmente en los actos de clasificación, dejen de hacerlo sin causa justificada.

b) Los excluidos temporalmente del contingente anual por enfermedad o defecto físico o psíquico que, sin causa justificada, no se presenten ante la Junta que corresponda para efectuar la revisión, abandonen la observación médica a que estén sujetos o dejen de comparecer para ser reconocidos ante el Tribunal Médico Militar.

c) Los que, debiendo presentarse ante la Junta de Clasificación y Revisión correspondiente, al cesar en la causa de exclusión temporal del contingente anual, no lo hiciesen en el plazo fijado.

2. A los declarados prófugos no se les podrá aplicar la reducción del Servicio en Filas a que se refiere el apartado 4 del artículo 28.

CAPITULO V**Servicio Militar de los residentes en el extranjero***Artículo trigésimo octavo.*

Los españoles residentes en el extranjero, de acuerdo con lo señalado en el artículo octavo, realizarán la inscripción en la Oficina Consular correspondiente a su lugar de residencia.

Artículo trigésimo noveno.

La documentación de las Oficinas Consulares, relativa a las operaciones de reclutamiento, será tramitada a través de las correspondientes Oficinas Consulares de Carrera.

Artículo cuadragésimo.

A los españoles residentes en el extranjero que deseen prestar el Servicio en Filas en España y no sean pasaportados, se les concederá, obligatoriamente, prórroga de incorporación a filas de cuarta clase, tipo a).

Los que encontrándose en esta situación regresen definitivamente a España podrán optar por continuar disfrutando de la prórroga hasta su caducidad o efectuar su incorporación a filas con el reemplazo más próximo.

CAPITULO VI

Servicio Militar de la mujer

Artículo cuadragésimo primero.

El Servicio Militar de la mujer será regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional.

CAPITULO VII

Infracciones administrativas

Artículo cuadragésimo segundo.

1. Las personas o entidades que infrinjan obligaciones derivadas de esta Ley que no sean constitutivas de delito o falta, de acuerdo con lo que sobre la materia dispongan las Leyes penales, serán sancionadas en la forma que se determina en este capítulo.

2. A los efectos de determinar el importe de las multas, se entiende por unidad el salario mínimo diario interprofesional señalado periódicamente por el Gobierno para los trabajadores mayores de dieciocho años, vigente en el momento de cometer la infracción.

Artículo cuadragésimo tercero.

1. Serán sancionados con las multas que se indican quienes cometan las siguientes infracciones:

- a) No inscripción en el plazo legalmente establecido, cuatro unidades.
- b) Demora injustificada en la presentación de la documentación exigida, una unidad por cada documento.
- c) Inexactitud intencionada en los datos de inscripción, de cuatro a diez unidades.
- d) Ausencia injustificada a los actos de clasificación o revisión, cinco unidades por cada ausencia.
- e) Falta injustificada de presentación ante la Junta de Clasificación y Revisión al cesar la causa de exclusión temporal, cinco unidades hasta treinta días de demora. Posteriormente diez unidades por cada año o fracción.
- f) Alteración de orden o falta de respeto y consideración a la Junta de Clasificación y Revisión durante las sesiones públicas, de cinco a treinta unidades.
- i) Extravío de la Cartilla del Servicio Militar, dos unidades.
- j) Omisión de la obligación de pasar durante la situación de reserva las revistas periódicas que se fijen, dos unidades por cada omisión.
- k) Falta de comparecencia injustificada ante el Centro Provincial de Reclutamiento de que dependa, en caso de citación o requerimiento, a tenor de lo que dispone la medida tercera del artículo sexto, 2, diez unidades.

2. Los Organos de Reclutamiento son competentes para imponer las sanciones establecidas en el apartado anterior. Contra sus acuerdos se podrá interponer el correspondiente recurso y, agotada la vía administrativa, el jurisdiccional que corresponda.

Artículo cuadragésimo cuarto.

Los mozos que hubieran sido condenados por delito cometido con el fin de obtener su indebida exclusión del Servicio Militar perderán todo derecho a ser declarados excedentes del contingente y de obtener prórroga de incorporación a filas.

Artículo cuadragésimo quinto.

1. Cuando los Centros Provinciales de Reclutamiento observen negligencia o incumplimiento de las obligaciones que se imponen o deriven de esta Ley, a los Organismos de la Administración Pública, lo pondrán en conocimiento de la Autoridad Militar Jurisdiccional, la que, si lo estima procedente, remitirá los antecedentes al Fiscal de la Audiencia que resulte competente, por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta, imputable a Autoridad o funcionario responsable.

2. En los demás casos, la Autoridad Militar Jurisdiccional lo comunicará al ministro de Defensa para que éste adopte las medidas que estime pertinentes..

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Se faculta al Gobierno para establecer un calendario que permita una aplicación progresiva de la nueva edad de incorporación a filas en la presente Ley, en un plazo máximo de cuatro años.

Segunda.—En tanto no se promulgue la Ley citada en el artículo cuadragésimo primero, las mujeres no procederán a la inscripción que preceptúa el artículo octavo.

Tercera.—Durante un período de cinco años, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la duración del Servicio Obligatorio en Filas estará comprendida entre doce y quince meses y será fijada por el Gobierno en función de las necesidades de la defensa.

Cuarta.—1. Hasta que se promulgue la Ley que establezca el Servicio Civil se faculta al Gobierno para regular la prestación de un servicio en Protección Civil, en la Cruz Roja o en otras Organizaciones con fines de interés general, de aquellos que lo soliciten con carácter voluntario y, en su caso, de los declarados excedentes del contingente.

2. El encuadramiento de este personal y la dirección del servicio que realicen será efectuada por las organizaciones a las que vayan destinados, con independencia de la Administración Militar.

3. Para los voluntarios, la duración de este Servicio será igual al tiempo de actividad del Servicio voluntario normal, y para los excedentes del contingente, igual al del Servicio obligatorio.

4. La realización de este Servicio tendrá los mismos efectos que la del «Servicio en Filas».

5. El Gobierno determinará los servicios civiles a prestar, necesidades del personal para cubrirlos y lugar de prestación.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar.

Hasta la entrada en vigor del Reglamento que desarrolle la presente Ley, será de aplicación el Reglamento aprobado por Decreto número 3087/1969, de 6 de noviembre, y demás disposiciones complementarias, en cuanto no se opongan a la presente Ley.

DISPOSICION ADICIONAL

La segunda causa de exención del Servicio en Filas prevista en el artículo trigésimo quinto de esta Ley, motivada por aplicación del apartado a) de las prórrogas de cuarta clase, en el caso de que el mozo sea residente en Andorra, requerirá para su eficacia la instrucción de expediente administrativo en orden a su concesión.

DISPOSICION FINAL

En el plazo máximo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno deberá aprobar el Reglamento que la desarrolle.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 8 de junio de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. («B. O. E.», núm. 176 de 24 de julio de 1984.)

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 artículo 51 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, la presente Ley, para cuya redacción se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea, aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior.

Los objetivos de la Ley se concretan en:

1. Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.
2. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.
3. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

CAPITULO PRIMERO

Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores

Artículo primero.

1. En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico.

En todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139.

2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Artículo segundo.

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:
 - a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
 - b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.
 - c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
 - d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
 - e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
 - f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.
2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.
3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula. Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6.º del Código Civil.

CAPITULO II

Protección de la salud y seguridad

Artículo tercero.

1. Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización.
2. Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados, conforme a lo indicado en el artículo 13, f).

Artículo cuarto.

1. Los reglamentos reguladores de los diferentes productos, actividades o servicios determinarán al menos:
 - a) Los conceptos, definiciones, naturaleza, características y clasificaciones.
 - b) Las condiciones y requisitos de las instalaciones y del personal cualificado que deba atenderlas.

c) Los procedimientos o tratamientos usuales de fabricación, distribución y comercialización, permitidos, sujetos a autorización previa o prohibidos.

d) Las listas positivas de aditivos autorizadas y revisadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

e) El etiquetado, presentación y publicidad.

f) Las condiciones y requisitos técnicos de distribución, almacenamiento, comercialización, suministro, importación y exportación, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación arancelaria y en la reguladora del comercio exterior.

g) Los métodos oficiales de análisis, toma de muestras, control de calidad e inspección.

h) Las garantías, responsabilidades, infracciones y sanciones.

i) El régimen de autorización, registro y revisión.

2. Los fertilizantes, plaguicidas y todos los artículos que en su composición lleven sustancias tóxicas, cáusticas, corrosivas o abrasivas deberán ir envasados con las debidas garantías y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación.

3. Los extremos citados podrán ser objeto de codificación mediante normas comunes o generales, especialmente en materia de aditivos, productos tóxicos, material envasado, etiquetado, almacenaje, transporte y suministro, tomas de muestras, métodos de análisis, registro, inspección, responsabilidad y régimen sancionador.

Artículo quinto

1. Para la protección de la salud y seguridad física de los consumidores y usuarios se regulará la importación, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y uso de los bienes y servicios, así como su control, vigilancia e inspección, en especial para los bienes de primera necesidad.

2. En todo caso, y como garantía de la salud y seguridad de las personas, se observará:

a) La prohibición de utilizar cualquier aditivo que no figure expresamente citado en las listas positivas autorizadas y publicadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y siempre teniendo en cuenta la forma, límites y condiciones que allí se establezcan. Dichas listas serán permanentemente revisables por razones de salud pública o interés sanitario, sin que, por tanto, generen ningún tipo de derecho adquirido.

b) La prohibición de tener o almacenar productos reglamentariamente no permitidos o prohibidos, en los locales o instalaciones de producción, transformación, almacenamiento o transporte de alimentos o bebidas.

c) Las exigencias de control de los productos tóxicos o venenosos incluidos los resultantes de mezclas y otras manipulaciones industriales, de forma que pueda comprobarse con rapidez y eficacia su origen, distribución, destino y utilización.

d) La prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para venta al público. Reglamentariamente, se regulará el régimen de autorización de ventas

directas a domicilio que vengan siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional.

e) El cumplimiento de la normativa, que establezcan las Corporaciones Locales o, en su caso, las Comunidades Autónomas sobre los casos, modalidades y condiciones en que podrá efectuarse la venta ambulante de bebidas y alimentos.

f) La prohibición de venta o suministro de alimentos envasados, cuando no conste en los envases, etiquetas, rótulos, cierres o precintos, el número del Registro General Sanitario de Alimentos, en la forma reglamentariamente establecida.

g) La obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas.

h) La prohibición de importar artículos que no cumplan lo establecido en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen.

i) Las exigencias de control de los productos manufacturados susceptibles de afectar a la seguridad física de las personas, prestando a este respecto la debida atención a los servicios de reparación y mantenimiento.

j) La prohibición de utilizar en la construcción de viviendas y locales de uso público materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas.

k) La obligación de que las especialidades farmacéuticas se presenten envasadas y cerradas con sistemas apropiados, aportando en sus envases o prospectos información sobre composición, indicaciones y efectos adversos, modo de empleo y caducidad, de suerte que los profesionales sanitarios sean convenientemente informados y se garantice la seguridad, especialmente de la infancia, y se promueva la salud de los ciudadanos.

Artículo sexto.

Los poderes públicos, directamente o en colaboración con las organizaciones de consumidores o usuarios, organizarán, en el ámbito de sus competencias, campañas o actuaciones programadas de control de calidad, especialmente en relación con los siguientes productos y servicios:

- a) Los de uso o consumo común, ordinario y generalizado.
- b) Los que reflejen una mayor incidencia en los estudios estadísticos o epidemiológicos.
- c) Los que sean objeto de reclamaciones o quejas, de las que razonablemente se deduzcan las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión a que se refiere el artículo 23, e).
- d) Los que sean objeto de programas específicos de investigación.
- e) Aquellos otros que, en razón de su régimen o proceso de producción y comercialización, puedan ser más fácilmente objeto de fraude o adulteración.

CAPITULO III

Protección de los intereses económicos y sociales

Artículo séptimo.

Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio.

Artículo octavo.

1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.

Artículo noveno.

La utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios, será objeto de regulación específica, fijando los casos, forma, garantía y efectos correspondientes.

Artículo décimo.

1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye:

1.º La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculden al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario.

3.º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4.º Condiciones abusivas de crédito.

5.º Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

6.º Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

7.º La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

8.º La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

9.º La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

10. La imposición de renuncias a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley.

11. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar, con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

12. La obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.

3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, utilicen las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a la vigilancia y control de las Administraciones públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello, sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.

4. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

5. Los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medida de los bienes y productos, la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos.

Artículo undécimo.

1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento.

2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

- a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.
- b) El garante.
- c) El titular de la garantía.
- d) Los derechos del titular de la garantía.
- e) El plazo de duración de la garantía.

3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

4. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.

5. En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá

derecho a un adecuado servicio técnico, y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado.

Artículo duodécimo.

No se podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor o usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares.

CAPITULO IV

Derecho a la información

Artículo decimotercero.

1. Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes:

- a) Origen, naturaleza, composición y finalidad.
- b) Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen.
- d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares.
- e) Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- f) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

2. Las exigencias concretas en esta materia se determinarán en los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de dos productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas especiales aplicables en cada caso, para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva. En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo.

Artículo decimocuarto.

1. Las oficinas y servicios de información al consumidor o usuario tendrán las siguientes funciones:

- a) La información, ayuda y orientación a los consumidores y usuarios para el adecuado ejercicio de sus derechos.

b) La indicación de las direcciones y principales funciones de otros centros, públicos o privados, de interés para el consumidor o usuario.

c) La recepción, registro y acuse de recibo de quejas y reclamaciones de los consumidores o usuarios y su remisión a las Entidades u Organismos correspondientes.

d) En general la atención, defensa y protección de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Las oficinas de información de titularidad pública, sin perjuicio de las que verifiquen las organizaciones de consumidores y usuarios, podrán realizar tareas de educación y formación en materia de consumo y apoyar y servir de sede al sistema arbitral previsto en el artículo 31.

3. Queda prohibida toda forma de publicidad expresa o encubierta en las oficinas de información.

Artículo decimoquinto.

De acuerdo con su ámbito y su carácter general o especializado, las oficinas de información al consumidor o usuario de titularidad pública podrán recabar información directamente de los Organismos públicos.

Tendrán obligación de facilitar a los consumidores y usuarios, como mínimo, los siguientes datos:

1. Referencia sobre la autorización y registro de productos o servicios.
2. Productos o servicios que se encuentran suspendidos, retirados o prohibidos expresamente por su riesgo o peligrosidad para la salud o seguridad de las personas.

3. Sanciones firmes, impuestas por infracciones relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios. Esta información se facilitará en los casos, forma y plazos que reglamentariamente se establezca.

4. Regulación de precios y condiciones de los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Artículo decimosexto.

1. Las oficinas de información al consumidor o usuario de titularidad pública podrán facilitar los resultados de los estudios, ensayos, análisis o controles de calidad realizados, conforme a las normas que reglamentariamente se determinen, en Centros públicos o privados oficialmente reconocidos, y dichos resultados podrán ser reproducidos en los medios de comunicación en los siguientes casos:

a) Cuando, previa iniciativa de la Administración, exista conformidad expresa de la persona, Empresa o Entidad que suministra los correspondientes productos o servicios.

b) Cuando dichos resultados hayan servido de base a los supuestos 2 y 3 del artículo 15.

c) Cuando reflejen defectos o excesos que superen los índices o márgenes de tolerancia reglamentariamente establecidos y se haya facilitado su comprobación como garantía para los interesados o éstos hayan renunciado a la misma.

d) Cuando reflejen datos sobre composición, calidad, presentación, etc., dentro de los índices o márgenes de tolerancia reglamentariamente establecidos.

e) Cuando se trate de campañas o actuaciones programadas de control de calidad y se hagan constar sus condiciones de amplitud, extensión, precisión, comprobación y objetividad.

2. En los supuestos a que se refieren las letras a), c) y d) del apartado anterior, la Administración titular de la oficina de información al consumidor oirá, antes de autorizar la publicación de los resultados de los estudios, ensayos, análisis o controles de calidad, y por plazo de diez días, a los fabricantes o productores implicados.

Artículo decimoséptimo.

Los medios de comunicación social de titularidad pública dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores o usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y demás grupos o sectores interesados, en la forma que reglamentariamente se determine por los poderes públicos competentes en la materia.

CAPITULO V

Derecho a la educación y formación en materia de consumo

Artículo decimoctavo.

1. La educación y formación de los consumidores y usuarios tendrá como objetivos:

- a) Promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios.
- b) Facilitar la comprensión y utilización de la información a que se refiere el capítulo IV.
- c) Difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario y las formas más adecuadas para ejercerlos.
- d) Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios.
- e) Adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales.
- f) Iniciar y potenciar la formación de los educadores en este campo.

2. Para la consecución de los objetivos previstos en el número anterior, el sistema educativo incorporará los contenidos en materia de consumo adecuados a la formación de los alumnos.

Artículo decimonoveno.

Se fomentará la formación continuada del personal de los Organismos, Corporaciones y Entidades, públicos y privados, relacionados con la aplica-

ción de esta Ley, especialmente de quienes desarrollen funciones de ordenación, inspección, control de calidad e información.

CAPITULO VI

Derecho de representación, consulta y participación

Artículo vigésimo.

1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados: podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.º, 2. Su organización y funcionamiento serán democráticos.

2. También se consideran Asociaciones de consumidores y usuarios las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.

3. Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.

En la determinación reglamentaria de las condiciones y requisitos se tendrán en cuenta entre otros, criterios de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar.

Artículo vigésimo primero

No podrán disfrutar de los beneficios reconocidos en esta Ley las Asociaciones en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- b) Percibir ayudas o subvenciones de las Empresas o agrupaciones de Empresas que suministran bienes, productos o servicios a los consumidores o usuarios.
- c) Realizar publicidad comercial o no meramente informativa de bienes productos o servicios.
- d) Dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo anterior.
- e) Actuar con manifiesta temeridad, judicialmente apreciada.

Artículo vigésimo segundo.

1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios serán oídas, en consulta, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios.

2. Será preceptiva su audiencia en los siguientes casos:

- a) Reglamentos de aplicación de esta Ley.
- b) Reglamentaciones sobre productos o servicios de uso y consumo.
- c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado.
- d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas.

e) Condiciones generales de los contratos de Empresas que prestan servicios públicos en régimen de monopolio.

f) En los casos en que una Ley así lo establezca.

3. Las Asociaciones empresariales serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que les afecten directamente.

Será preceptiva su audiencia en los supuestos contenidos en los apartados a), b), c) y f) del apartado anterior.

4. Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las Asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegiados que participen en la elaboración de la disposición. En los demás casos, la notificación o comunicación se dirigirá a la federación o agrupación empresarial correspondiente y al Consejo a que se refiere el número siguiente.

5. Como órgano de representación y consulta a nivel nacional, el Gobierno determinará la composición y funciones de un Consejo, integrado por representantes de las Asociaciones a que se refiere el artículo 20.

6. La Administración fomentará la colaboración entre organizaciones de consumidores y de empresarios.

CAPITULO VII**Situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión***Artículo vigésimo tercero.*

Los poderes públicos y concretamente, los órganos y servicios de las Administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Sin perjuicio de las que en cada caso procedan, se promoverán las siguientes:

a) Organización y funcionamiento de las oficinas y servicios de información a que se refiere el artículo 14.

b) Campañas de orientación del consumo, generales o selectivas, dirigidas a las zonas geográficas o grupos sociales más afectados.

c) Campañas o actuaciones programadas de control de calidad, con mención expresa de las personas, Empresas o Entidades que, previa y voluntariamente, se hayan incorporado.

d) Análisis comparativo de los términos, condiciones, garantías, repuestos y servicios de mantenimiento o reparación de los bienes o servicios de consumo duradero, todo ello de acuerdo con la regulación correspondiente sobre práctica de tales análisis que garantice los derechos de las partes afectadas.

e) Análisis de las reclamaciones o quejas y, en general de todas aquellas actuaciones de personas o Entidades, públicas o privadas, que impliquen:

1.º Obligaciones innecesarias o abusivas de cumplimentar impresos, verificar cálculos y aportar datos en beneficio exclusivo de la Entidad correspondiente.

2.º Trámites, documentos o mediaciones sin utilidad para el consumidor o usuario o a costes desproporcionados.

3.º Esperas, permanencias excesivas o circunstancias lesivas para la dignidad de las personas.

4.º Limitaciones abusivas de controles, garantías, repuestos o reparaciones.

5.º Dudas razonables sobre la calidad o idoneidad del producto o servicio.

6.º Otros supuestos similares.

Los resultados de estos estudios o análisis podrán ser hechos públicos, conforme a lo establecido en el capítulo IV.

f) Otorgamiento de premios, menciones o recompensas a las personas, Empresas o Entidades que se distingan en el respeto, defensa y ayuda al consumidor, faciliten los controles de calidad y eviten obligaciones, trámites y costes innecesarios.

Artículo vigésimo cuarto.

En los supuestos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinen una agresión indiscriminada a los consumidores o usuarios, el Gobierno podrá constituir un órgano excepcional que, con participación de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas, asumirá, con carácter temporal, los poderes administrativos que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos, sociales y humanos, la reparación de los daños sufridos, la exigencia de responsabilidades y la publicación de los resultados.

CAPITULO VIII

Garantías y responsabilidades

Artículo vigésimo quinto.

El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios

estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.

Artículo vigésimo sexto.

Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

Artículo vigésimo séptimo.

1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2. Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

Artículo vigésimo octavo.

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar a debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las res-

pensabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Artículo vigésimo noveno.

1. El consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo.

2. Dicha compensación se determinará según lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo trigésimo.

El Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el artículo 28.

Artículo trigésimo primero.

1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

CAPITULO IX

Infracciones y sanciones

Artículo trigésimo segundo.

1. Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

2. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, y en su caso la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas.

Artículo trigésimo tercero.

En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

Artículo trigésimo cuarto.

Se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

1. El incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria.

2. Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores o usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, y por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate.

3. El incumplimiento o transgresión de los requerimientos previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la salud pública.

4. La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento; alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de bienes duraderos y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio.

5. El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales.

6. El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios.

7. El incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para el usuario o consumidor.

8. La obstrucción o negativa a suministrar datos o a facilitar las funciones de información, vigilancia o inspección.

9. En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Artículo trigésimo quinto.

Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia.

Artículo trigésimo sexto.

1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios serán sancionadas con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

— Infracciones leves, hasta 500.000 pesetas.

— Infracciones graves, hasta 2.500.000 pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

— Infracciones muy graves, hasta 100.000.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

2. En los supuestos de infracciones muy graves, el Consejo de Ministros podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años. En tal caso, será de aplicación lo prevenido en el artículo 57,4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

3. Las cuantías señaladas anteriormente deberán ser revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Artículo trigésimo séptimo.

No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado precautoria o definitiva de productos o servicios por las mismas razones.

Artículo trigésimo octavo.

La autoridad a que corresponda resolver el expediente podrá acordar, como sanción accesoria, el decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor.

Los gastos de transporte, distribución, destrucción, etc., de la mercancía señalada en el párrafo anterior, serán por cuenta del infractor.

CAPITULO X

Competencias

Artículo trigésimo noveno.

Corresponderá a la Administración del Estado promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios, especialmente en los siguientes aspectos.

1. Elaborar y aprobar el Reglamento General de esta Ley, las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias, los Reglamentos sobre etiquetado, presentación y publicidad, la ordenación sobre aditivos y las demás disposiciones de general aplicación en todo el territorio español. Asimismo, la aprobación o propuesta, en su caso, de las disposiciones que regulen los productos a que se refiere el artículo 5.º, 1.

El Reglamento General de la Ley determinará, en todo caso, los productos o servicios a que se refieren los artículos 2.º, 2 y 5.º, 1, de esta Ley, los casos, plazos y formas de publicidad de las sanciones, el régimen sancionador, los supuestos de concurrencia de dos o más Administraciones públicas y la colaboración y coordinación entre las mismas.

Lo dispuesto en este número se entiende sin perjuicio de las potestades normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivos Estatutos.

2. Apoyar y, en su caso, subvencionar las asociaciones de consumidores y usuarios.

3. Apoyar la actuación de las autoridades y corporaciones locales y de las Comunidades Autónomas, especialmente en los casos a que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 41.

4. Promover la actuación de las demás Administraciones públicas y, en caso de necesidad o urgencia, adoptar cuantas medidas sean convenientes para proteger y defender los derechos de los consumidores o usuarios, especialmente en lo que hace referencia a su salud y seguridad.

5. Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.

6. En general, adoptar en el ámbito de sus competencias cuantas medidas sean necesarias para el debido cumplimiento de lo establecido en esta Ley.

Artículo cuadragésimo.

Corresponderá a las Comunidades Autónomas promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores o usuarios, de acuerdo con lo establecido en sus respectivos Estatutos y, en su caso, en las correspondientes Leyes Orgánicas complementarias de transferencia de competencias.

Artículo cuadragésimo primero.

Corresponderá a las autoridades y Corporaciones locales promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con la legislación estatal y, en su caso, de las Comunidades Autónomas y, especialmente en los siguientes aspectos:

1. La información y educación de los consumidores y usuarios, estableciendo las oficinas y servicios correspondientes, de acuerdo con las necesidades de cada localidad.

2. La inspección de los productos y servicios a que se refiere el artículo 29, 2. para comprobar su origen e identidad, el cumplimiento de la normativa vigente en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad y los demás requisitos o signos externos que hacen referencia a sus condiciones de higiene, sanidad y seguridad.

3. La realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que cuenten con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras Entidades y Organismos.

4. Apoyar y fomentar las asociaciones de consumidores y usuarios.

5. Adoptar las medidas urgentes y requerir las colaboraciones precisas en los supuestos de crisis o emergencias que afecten a la salud o seguridad de los consumidores o usuarios.

6. Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, el Ministerio de Sanidad y Consumo promoverá, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un plan para el tratamiento informático del Registro General Sanitario de Alimentos y de los demás registros sanitarios y datos de interés general para la defensa del consumidor o usuario.

Segunda.—A efectos de lo establecido en el capítulo IX, será de aplicación el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno.

Tercera.—Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la estructura organizativa y las competencias del Instituto Nacional del Consumo y de los restantes órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, el contenido de la misma.

Cuarta.—El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, aprobará el Reglamento o Reglamentos necesarios para su aplicación y desarrollo.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 19 de julio de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

III. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

REAL DECRETO 1436/1984, de 20 de junio, sobre normas provisionales de coordinación de las Administraciones Penitenciarias. («B. O. E.», núm. 181, de 20 de julio de 1984.)

Diversos Estatutos de Autonomía atribuyen las competencias sobre ejecución de la legislación penitenciaria a las respectivas Comunidades Autónomas.

Iniciado el proceso de transferencias se advierte que la ubicación de los establecimientos penitenciarios no satisface aún el criterio de evitar el desarraigo social de los penados, lo que hace muy difícil, al menos en un primer momento, dispongan de los medios necesarios para la ejecución plena y con el nivel exigido por la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento que la desarrolla.

Por todo ello es necesario que la Administración del Estado, en uso de las potestades normativas que le vienen atribuidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, dicte los necesarios criterios de coordinación para la gestión de la Administración Penitenciaria, con carácter provisional, y sin perjuicio que la experiencia futura aconseje nuevas normas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 20 de junio de 1984,

DISPONGO:

Artículo 1.º, 1. Cada Administración Penitenciaria deberá recibir a todo interno que, a requerimiento de la autoridad judicial, deba permanecer en un establecimiento de su competencia y a todos los penados que, por razones de clasificación y destino, deban cumplir condena en su ámbito territorial en aplicación de la legislación penitenciaria vigente.

2. En consecuencia, cada Administración Penitenciaria dispondrá de:

a) Los establecimientos de preventivos necesarios de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

b) Un número de plazas suficiente en sus establecimientos de preventivos para que los internos peligrosos o inadaptados puedan permanecer en el establecimiento que, por su condición de preventivos, les corresponda o de la mayor proximidad posible a la sede del Tribunal que ha de juzgarlos, salvo excepciones muy cualificadas.

c) Un número de plazas no inferior al 10 por 100 del total de cumplimiento, destinadas a penados clasificados en primer grado de tratamiento, que permitan a la mayor parte de estos internos cumplir sus condenas en el ámbito territorial que su tratamiento penitenciario aconseje.

d) Para los penados clasificados en segundo y tercer grado, el número de plazas suficiente para satisfacer las exigencias de tratamiento derivados de la vigente legislación penitenciaria.

Art. 2.º Las Comunidades Autónomas deberán informar a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia de todo ingreso, traslado, salida, clasificación, permisos y demás datos que afecten a la situación penitenciaria de los internos de los establecimientos que gestionen en su ámbito territorial.

Art. 3.º La Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la Administración Penitenciaria de cada Comunidad Autónoma procederán conjuntamente a determinar las plazas óptimas y máximas de cumplimiento de penas que se transfieren.

Art. 4.º, 1. Para la clasificación de los internos será competencia el establecimiento penitenciario que le corresponda según la legislación vigente. Siempre remitirá sus propuestas a su propio Centro directivo.

2. Si la clasificación y destino del interno no implicara traslado a un ámbito territorial distinto, la Administración Penitenciaria resolverá sin más trámites que la preceptiva notificación a la Administración del Estado, en su caso.

3. Si un establecimiento, por clasificación, o destino penitenciario, propone traslado de un interno a un ámbito territorial de otra Administración, tramitará la propuesta a su propia Administración, quien podrá resolver con destino a un establecimiento de su competencia, o en su caso dirigirla a la otra Administración, quien sólo podrá oponerse a ella por considerarla improcedente o por carencia de plazas, según las capacidades máximas previamente establecidas.

Art. 5.º, 1. Los expedientes y protocolos de personalidad de los internos deberán redactarse en castellano, sin perjuicio de la redacción en la lengua oficial de la Comunidad, de conformidad con su legislación específica.

2. Asimismo la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia dictará los criterios de normalización de los datos de carácter penitenciario para homogeneizar la documentación básica penitenciaria en el tratamiento de internos.

Art. 6.º, 1. El traslado y conducción entre establecimientos dentro del territorio de una Administración Penitenciaria, cualesquiera que sean sus razones o autoridad requirente, serán ordenados por el Centro directivo de la misma.

2. Cualesquiera que fueren las razones del traslado o la conducción, si se realizan entre establecimientos pertenecientes a distintas Administraciones Penitenciarias, será ordenado por la Administración bajo cuya competencia se encuentre el interno previa notificación a la Administración que lo haya de recibir.

En este caso, si el traslado es consecuencia de clasificación o destino, será necesario la previa aprobación de la Administración Penitenciaria que ha de recibir al interno, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.º, 3, del presente Real Decreto.

Art. 7.º En supuestos excepcionales de motines, catástrofes, epidemias, incendios y otros de similares características que hagan necesario el tras-

lado masivo de internos a establecimientos de otra Administración Penitenciaria, éste será decidido y organizado por la Administración que sufra la situación crítica. Inmediatamente comunicará a la Administración del Estado la situación extrema del establecimiento, el número de internos que sea preciso trasladar y las características penitenciarias de los mismos, para que ésta, considerando las plazas vacantes de todos los establecimientos del Estado, distribuya el total de internos, previo acuerdo de la Administración Penitenciaria que los haya de recibir.

Dado en Madrid a 20 de junio de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,

FERNANDO LEDESMA BARTRET

REAL DECRETO 1338/1984, de 4 de julio, sobre medidas de seguridad en Entidades y establecimientos públicos y privados.
(«B. O. E.», núm. 167, de 13 de julio de 1984.)

La obligatoriedad de determinadas medidas de seguridad, en establecimientos y Entidades públicas y privadas, y especialmente en Bancos y Cajas de Ahorro y Entidades de Crédito, por una parte, y en platerías y joyerías, por otra, viene establecida por los Reales Decretos: 2113/1977, de 23 de julio; 1084/1978, de 30 de marzo; 2112/1978, de 25 de agosto y 3062/1979, de 29 de diciembre.

Esta profusión de textos reglamentarios, aplicables a la vez a materias similares, cuando no idénticas, ha originado dudas de interpretación y divergencias de criterio, que han dado lugar a diversos problemas de orden práctico. Por otra parte, la experiencia obtenida durante el período de vigencia de las disposiciones citadas aconseja extensión de su ámbito de aplicación y la actualización de algunos conceptos, atendiendo a la variación de determinadas circunstancias sociales y, de otro lado, a las innovaciones técnicas en cuestiones de vigilancia, seguridad y custodia de instalaciones.

Como consecuencia de lo expuesto de acuerdo con sugerencia formulada por el Consejo de Estado, se hace necesario unificar, sistematizar, aclarar, ampliar y actualizar la legalidad vigente, a través de una reelaboración de la misma, con vistas a obtener el mayor grado de sencillez y coherencia y la mayor eficacia en la regulación de la materia.

En su virtud, a propuesta del ministro del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de julio de 1984,

DISPONGO:

DISPOSICION PRELIMINAR

Artículo 1.º 1. Con objeto de garantizar la integridad física de las personas y la seguridad de los bienes, frente a los riesgos derivados de la

Comisión de actos delictivos, las Entidades y establecimientos públicos y privados deberán adoptar las medidas que para cada grupo en especial, o para todos conjuntamente, se establecen en el presente Real Decreto.

2. Las disposiciones del presente Real Decreto tendrán carácter supletorio, respecto a las normas especiales en materia de seguridad a las que se encuentren sometidas, en razón a la naturaleza de sus actividades, empresas o entidades no contempladas específicamente en el mismo.

CAPITULO PRIMERO

Servicios y medidas de seguridad en general para toda clase de establecimientos industriales, comerciales o de servicios y entidades públicas y privadas

IMPLANTACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 2.º, 1. El Director de la Seguridad del Estado o los Gobernadores civiles podrán exigir la implantación en las Entidades o establecimientos privados, industriales, comerciales o de servicios, si la naturaleza o importancia de la actividad, la localización de sus instalaciones, la concentración de sus clientes, el volumen de los fondos o valores que manejan, el valor de los bienes muebles y objetos valiosos que posean, o cualquier otra causa justificada así lo hacen necesario, de todos o alguno de los servicios o medidas de seguridad siguientes:

- a) Departamento de Seguridad.
- b) Servicio de Vigilantes Jurados.
- c) Medidas de alarma y protección.

2. Cuando se considere necesaria la implantación de estos servicios o instalaciones, en empresas, entidades u Organismos públicos, el Director de la Seguridad del Estado o el Gobernador civil formularán propuesta al Ministro del Interior, para que, previo acuerdo con el Ministerio o Ministerios de los que dependan las instalaciones o locales necesitados de protección, dicte la resolución pertinente.

Art. 3.º Las empresas industriales, comerciales o de servicios y las Entidades públicas y privadas que, sin estar obligadas a ello, organicen su propio Departamento de Seguridad, deberán comunicarlo al Gobierno civil o al Director de la Seguridad del Estado según que el ámbito geográfico en que actúen comprenda territorio de una o más provincias y habrán de atenderse en cuanto al nombramiento y funciones del Jefe de dicho Departamento, a lo dispuesto en los artículos 7.º y 8.º de este Real Decreto.

Art. 4.º Las empresas y Entidades podrán contratar, con empresas de seguridad debidamente autorizadas, la prestación del servicio de Vigilantes Jurados, así como instalar y mantener sistemas de seguridad, conexión de dispositivos de alarma, protección, conducción, traslado y manipulación de fondos, valores y efectos de joyas y objetos preciosos y, en general, concertar con empresas especializadas el asesoramiento y planificación de sistemas de seguridad.

2. Las Empresas de Seguridad que presten servicios por medio de Vigilantes Jurados, deberán presentar, para su visado y aprobación técnica por la Dirección de la Seguridad del Estado, los contratos en que se concreten sus prestaciones.

Art. 5.º Los dispositivos de alarma de cualquier tipo y modelo, así como los ópticos, fotográficos, magnéticos, electrónicos y, en general, cualquier procedimiento técnico útil para la identificación de posibles delincuentes y para la prevención de posibles asaltos que hayan de instalarse con carácter obligatorio, habrán de ser homologados de acuerdo con lo dispuesto al respecto por la legislación vigente.

Art. 6.º Por los servicios dependientes de la Dirección de la Seguridad del Estado, se facilitará información a los titulares de centros o establecimientos que la soliciten, sobre los sistemas de seguridad y control que sean más adecuados y eficaces, cuando aquéllos, con carácter obligatorio o voluntario, proyecten instalarlos.

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD

Art. 7.º 1. El Departamento de Seguridad, único para cada entidad, empresarial, con competencia en todo el ámbito geográfico en que éstos actúen, será responsable de la organización y funcionamiento del correspondiente Servicio de Seguridad.

2. Al frente del Departamento de Seguridad, habrá un jefe, de nacionalidad española, mayor de veintiún años, designado por la entidad, empresa o grupo empresarial, con la conformidad de la Dirección de la Seguridad del Estado que le proveerá de la oportuna credencial.

Art. 8.º El Jefe del Departamento de Seguridad será responsable de lo relativo a los Vigilantes Jurados, instalación y funcionamiento de los sistemas de seguridad y vigilancia, así como de la organización y ejecución de los servicios de protección de los transportes de fondos y valores; velará por la estricta observancia de las disposiciones e instrucciones emanadas del Ministerio del Interior, en relación con la seguridad y prevención delictiva, que afecten a la entidad, empresa o grupo empresarial a cuyo efecto la Dirección de la Seguridad del Estado podrá convocarlo a las reuniones informativas que considere oportunas.

SERVICIO DE VIGILANTES JURADOS

Art. 9.º Las entidades, empresas o grupos empresariales solicitarán del Gobierno Civil respectivo el nombramiento del número de Vigilantes Jurados que estimen necesarios, para garantizar la seguridad de las distintas dependencias, o los contratarán con empresas de seguridad autorizadas.

Art. 10. Los Vigilantes Jurados, ya dependan directamente de las entidades, empresas o grupos empresariales o de empresas privadas de seguridad debidamente autorizadas, integrarán el Servicio de Vigilantes Jurados de Seguridad.

Las condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los Vigilantes Jurados se registrarán por su normativa específica.

Art. 11. 1. El Director de la Seguridad del Estado o los Gobernadores civiles dispensarán de la implantación o mantenimiento de Vigilantes Jurados, en los centros u oficinas, a petición de la empresa o entidad interesada, cuando ésta acredite la instalación y funcionamiento, en su caso, de las medidas de seguridad que se regulan en este Real Decreto y que les sean de aplicación según la actividad de la empresa solicitante.

2. La petición se presentará ante el Director de la Seguridad del Estado o ante el Gobernador civil, quien comprobará la eficacia de tales medidas de seguridad a través de la inspección que realicen los funcionarios que designe y resolverá, una vez oída la empresa o entidad interesada y la representación de los trabajadores.

CONEXION Y TRANSMISION DE ALARMAS

Art. 12. 1. Se podrán establecer la obligatoriedad de contar con dispositivos de alarma, conectadas con centrales policiales o de la Guardia Civil, según corresponda.

2. Cuando no fuera posible esta conexión, por dificultades de orden técnico, deberá realizarse la conexión con centrales privadas de alarma, ajenas o propias de la empresa.

3. Los dispositivos de alarma estarán provistos de pulsadores u otros medios de accionamiento, ubicados en lugares estratégicos.

4. Si no existiesen posibilidades técnicas de conectar dispositivos de alarma, ni a centrales policiales o de la Guardia Civil, ni a centrales privadas, los establecimientos que debieran establecer la conexión, podrán ser obligados a la implantación del Servicio de Vigilantes Jurados, previsto en los artículos 9.º y siguientes de este Real Decreto.

CAPITULO II

Medidas de seguridad en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito

Art. 13. 1. En todos los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de crédito, deberá constituirse el Departamento de Seguridad y, para las oficinas o dependencias de aquéllas, que a juicio de la Autoridad necesiten de su implantación, el Servicio de Vigilantes Jurados dé acuerdo con las normas contenidas en el capítulo primero del presente Real Decreto.

2. Asimismo, será obligatoria para los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito, la instalación, en sus establecimientos y oficinas, de los dispositivos de alarma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.

3. Las normas contenidas en el presente Real Decreto para las Entidades de Crédito, obligarán a la sede y oficinas de la Caja Postal de Ahorros,

pero no a las oficinas postales en general, cuando se encuentren separadas de aquéllas.

Art. 14. 1. Con carácter obligatorio, en todos los establecimientos u oficinas de los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito, deberán ser instaladas, sin perjuicio de otros sistemas que voluntariamente las empresas pudieran adoptar, cámaras fotográficas de vigilancia, de 35 milímetros como mínimo, capaces de retener las imágenes de cualquier asalto que pudiera producirse, que permitan la identificación de los autores.

2. También deberán ser instalados dispositivos apropiados para la prevención de asaltos fuera de las horas de oficina, capaces de detectar inmediatamente un ataque contra las zonas donde se custodien los fondos o valores.

Art. 15. 1. Será obligatoria, para los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito, la protección de aquellos lugares, dentro de cada oficina o establecimiento, tales como ventanillas de caja, cajas fuertes o cámaras acorazadas, cámaras de alquiler, buzones de depósito nocturno y cualquier otro lugar donde se custodien o manejen fondos, valores y bienes muebles u objetos valiosos, con materiales resistentes o acorazados, acristalamientos especiales o cualquier otro tipo de protección o detección electrónica adecuada.

2. Se tendrá, asimismo, especial cuidado de que las puertas de entrada y salida de las dependencias y los lugares donde se realice la carga y descarga de fondos, valores u objetos preciosos, estén debidamente protegidos y acondicionados contra posibles asaltos.

Art. 16. 1. Los recintos de caja estarán cerrados, desde su interior, durante las horas de atención al público, protegidos con blindaje antibala y con el adecuado dispositivo que impida el ataque a las personas situadas en los mismos.

Esta protección podrá ser sustituida por otras medidas o dispositivos que otorguen el mismo nivel de seguridad, previa autorización de la Dirección de la Seguridad del Estado.

2. Se exceptúan de las obligaciones consignadas en el apartado anterior aquellas oficinas o sucursales, situadas en núcleos de población inferior a 10.000 habitantes, cuyo número de empleados no exceda de siete en total.

Art. 17. 1. Las cámaras acorazadas o cajas fuertes deberán estar provistas de sistemas de apertura automática retardada, y, asimismo, de dispositivos que permitan su bloqueo desde la hora de cierre del establecimiento, hasta su apertura al comenzar la jornada siguiente.

2. Las cajas fuertes, cuyo peso sea inferior a 2.000 kilogramos, estarán, además, unidas al suelo de manera fija.

3. Las cajas auxiliares instaladas en el recinto de caja, que contengan la cantidad líquida necesaria para el funcionamiento diario de la oficina, cantidad que será la mínima imprescindible, estarán provistas de cajones de depósito, unido a otro escamoteable y a un tercero de apertura retardada.

Art. 18. 1. En todos los establecimientos y oficinas afectados, se hará saber al público, mediante carteles, que habrán de tener el tamaño suficiente

para su perfecta lectura, nunca inferior a 18 por 12 centímetros, la existencia de medidas de seguridad, con referencia a la adopción de sistemas de apertura retardada.

2. Todos los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de crédito mantendrán, en las oficinas principales de cada capital de provincia, los planos de planta, perfectamente actualizados, de todas las oficinas radicadas en la provincia, descriptivos de la distribución de las distintas dependencias y de las instalaciones de seguridad de los diferentes servicios e informes técnicos sobre la naturaleza de los materiales utilizados en su construcción.

Art. 19. La Dirección de la Seguridad del Estado podrá con carácter excepcional, eximir a las Entidades a las que se refiere este capítulo de todas o algunas de las medidas que se establecen en los artículos 14, 15, 16, 17 y, en su caso, en el 18.1, previa valoración de los factores contemplados en el punto 1 del artículo 2.º del presente Real Decreto, oyendo a las Entidades afectadas y a las representaciones de los trabajadores. A tal efecto, emitirá el correspondiente informe el Gobernador civil respectivo.

CAPITULO III

Medidas de seguridad en joyerías y platerías

Art. 20. En todos los establecimientos dedicados a joyerías y platerías, así como en aquellos otros en los que se fabriquen o exhiban objetos de tal industria, con carácter obligatorio, deberá instalarse, por empresas especializadas y, en su caso, autorizadas, las siguientes medidas de seguridad:

a) Caja fuerte o cámara acorazada provistas de apertura automática retardada o dispositivo de bloqueo, desde la hora de cierre a la apertura, para la custodia de objetos preciosos.

La caja fuerte, cuyo peso sea inferior a 2.000 kilos, deberá estar unida al suelo de manera fija.

b) Dispositivo de alarma acústica al exterior del establecimiento, conectado a puertas, ventanas y a los sistemas de seguridad.

c) Rejas, en huecos que den a patios y pasos interiores de la finca, así como cierres metálicos en el exterior, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones exigidas por las normas de lucha contra incendios.

d) Puerta blindada, en todos los accesos al interior del establecimiento, provista de los cercos adecuados y cerraduras de seguridad.

e) Sensores electrónicos, detectores de alarma, dentro de los establecimientos, así como en techo, suelo y paredes medianeras con otros locales o viviendas.

f) Acristalamientos especiales en escaparates, ventanas o huecos que den al exterior, en los que se expongan objetos preciosos, cuyo valor, en conjunto, sea superior a quince millones de pesetas.

g) Carteles de tamaño suficiente para su perfecta lectura desde el exterior del establecimiento, en los que se haga saber al público las medidas de seguridad que éstos posean. Las dimensiones mínimas de dichos carteles serán de 18 por 12 centímetros.

Art. 21. 1. Las personas o entidades que pretendan exhibir o subastar objetos de joyería o platería, en locales o establecimientos no dedicados habitualmente a estas actividades, con independencia del cumplimiento de otras normas aplicables, deberán comunicarlo, con una antelación no inferior a quince días, al Gobernador civil de la provincia donde vaya a efectuarse la exhibición o subasta.

2. El Gobernador civil, atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso y a los informes recabados, podrá ordenar a los organizadores la adopción de las medidas de vigilancia y seguridad adecuadas.

Art. 22. 1. Los Gobernadores civiles podrán dispensar de todas o algunas de las medidas de seguridad previstas en el artículo 20, a los establecimientos cuyos titulares lo soliciten, en base a no considerarlas imprescindibles por el pequeño volumen de negocio, extremo que habrá de ser debidamente acreditado.

2. Si lo estimasen conveniente, dichas Autoridades podrán recabar la opinión al respecto, de las correspondientes Asociaciones Empresariales de la provincia. En todo caso, además de la empresa afectada, oirán a la representación de los trabajadores.

Art. 23. 1. Los titulares de joyerías, platerías y de aquellos establecimientos en los que se fabriquen objetos de tal industria, podrán solicitar de los respectivos Gobernadores civiles la conexión de dispositivos de alarma con los Centros Policiales o de la Guardia Civil.

2. Facultativamente, dichos titulares podrán conectar con centrales privadas de alarma, comunicándolo al Gobernador civil.

3. En los casos en que la especial importancia o ubicación de los establecimientos citados así lo aconsejara, y siempre que técnicamente sea posible, los Gobernadores civiles podrán imponer, con carácter obligatorio, la conexión de los citados dispositivos de alarma con Centros Policiales o de la Guardia Civil, o con centrales privadas de alarma, cuando técnicamente no sea posible conectar con dichos centros oficiales.

CAPITULO IV

Medidas de seguridad en las estaciones de servicio suministradoras de combustible y carburantes, en oficinas de farmacia, en Administraciones de Lotería y en Administraciones de Apuestas Mutuas

ESTACIONES DE SERVICIO

Art. 24. 1. A los efectos prevenidos en el presente capítulo, se clasificarán las estaciones de servicio en tres categorías: A, B y C, según la venta anual de carburante y el especial riesgo inherente a su ubicación.

2. La categoría A comprenderá todas las estaciones de servicio, con una venta anual superior a los quince millones de litros y que se encuentren situadas fuera de los respectivos cascos urbanos, en autopistas o carreteras de cualquier género (nacionales, locales o comarcales).

3. La categoría B incluirá las estaciones de servicio, situadas dentro del

casco urbano de las poblaciones, que tengan una venta anual superior a cinco millones de litros y aquellas que, estando situadas fuera, ya sea en autopistas o carreteras, de cualquier ámbito, tengan una venta anual comprendida entre cinco millones y quince millones de litros.

4. Las restantes estaciones de servicio, no comprendidas en los apartados anteriores, serán clasificadas en la categoría C.

Art. 25. 1. En las estaciones de servicio de la categoría A existirá, con carácter obligatorio, por cada uno de los surtidores de que dispongan, o por cada dos, siempre que la distancia entre éstos no sea superior a 3 metros, un buzón de seguridad, anclado al suelo o a columna, de manera fija, de chapa de acero de 6 milímetros de espesor, dotado de un sistema antipesca y cerradura antitaladro con un mínimo de dos pivotes de anclaje.

2. En las de categoría B existirá uno o más buzones de seguridad de las mismas características que se recogen en el párrafo anterior, anclados al suelo, por cada línea de surtidores, no pudiendo existir, desde cualquier surtidor al buzón de seguridad que le corresponda, una distancia superior a los seis metros.

3. Las Estaciones de las categorías A y B dispondrán, además, de un recinto debidamente protegido, en el que existirá una caja fuerte principal, donde se depositarán las recaudaciones de los diversos empleados al finalizar sus turnos de trabajo.

4. Tanto la caja fuerte principal, como los buzones de recogida de las cuales estará en poder del encargado del negocio y la otra en posesión del propietario o persona responsable de la recogida de los fondos, sin que en ningún caso pueda coincidir la custodia de ambas llaves en la misma persona.

5. En las oficinas de las estaciones de categoría C, será obligatoria la existencia de una caja fuerte, con un buzón abierto al exterior del local para el depósito del metálico por parte de los empleados.

6. Las estaciones de servicio podrán establecer, advirtiéndolo al público usuario mediante carteles situados en lugares visibles, que sólo se despachará combustible por cantidades determinadas de dinero, de modo que puedan ser abonadas por importe exacto, a efectos de evitar el manejo de metálico para cambios.

Art. 26. En los casos en que el volumen económico o la ubicación de las estaciones de servicio lo requiera, los Gobernadores civiles podrán establecer la obligación de las Empresas titulares, de disponer del correspondiente Servicio de Seguridad, propio o contratado con Empresas de Seguridad debidamente autorizadas, con la misión de proteger la apertura de buzones y cajas fuertes, así como la de custodiar el traslado de la recaudación.

OFICINAS DE FARMACIA

Art. 27. 1. Todas las Oficinas de Farmacia deberán contar con un dispositivo que permita suficientemente las dispensaciones a los clientes, sin necesidad de que éstos penetren en el interior.

2. La utilización de esta medida será obligatoria, únicamente cuando presen servicio nocturno o de urgencia y facultativa en los demás casos.

ADMINISTRACIONES DE LOTERIA Y ADMINISTRACIONES DE APUESTAS MUTUAS

Art. 28. 1. Las Administraciones de Loterías y las de Apuestas Deportivas Deportivo-Benéficas dispondrán de un recinto cerrado, debidamente protegido, en el que existirá una caja fuerte que, cuando pese menos de 2.000 kilogramos, estará unida al suelo de manera fija, en la que custodiarán los efectos y el dinero en metálico.

2. La parte del recinto destinada al público estará separada, por materiales o elementos resistentes, de la zona reservada a los empleados, la cual estará permanentemente cerrada desde su interior.

3. Las transacciones con el público se harán a través de ventanillas, que deberán estar protegidas con materiales adecuados.

DISPOSICIONES COMUNES

Art. 29. 1. En lo relativo a medidas de conexión y transmisión de alarmas, será de aplicación, a las Estaciones de Servicio suministradoras de combustible y carburante, a las Oficinas de Farmacia, a las Administraciones de Lotería y a las Administraciones de Apuestas Mutuas, lo dispuesto en el artículo 23 de este Real Decreto.

2. Los Gobernadores civiles, a petición de los interesados y oída la representación de los trabajadores, podrán dispensar de todas o alguna de las medidas de seguridad previstas en el presente capítulo, cuando por el escaso volumen de negocio u otras circunstancias suficientemente justificadas, no las considere imprescindibles.

CAPITULO V

Transporte de fondos, valores y objetos preciosos

Artículo 30. El transporte de fondos y efectos habrá de realizarse siempre con las debidas garantías de seguridad y reserva, tanto en su programación como en su itinerario. De igual forma, se procederá en el transporte de objetos preciosos, desde la fábrica al almacén o depósito, y desde éstos a los establecimientos de exposición o venta.

Art. 31. 1. Cuando el valor de lo que se vaya a transportar exceda de dos millones de pesetas, el transporte deberá realizarse en vehículos especialmente acondicionados y bajo la protección del número suficiente de Vigilantes Jurados. En la misma forma, deberá realizarse, cuando se trate de transportes periódicos y regulares y la cuantía exceda de 1.000.000 de pesetas.

2. Siempre que la cuantía de los fondos, valores u objetos precisos exceda de 100.000.000 de pesetas, el transporte deberá ser comunicado, si es urbano, a la Jefatura Superior de Policía, Comisaría Provincial, Local o Puesto de la Guardia Civil, según proceda, y si es interurbano, a la Comandancia de la Guardia Civil, con veinticuatro horas de antelación, por si aquellos centros estimasen necesario o conveniente prestarle especial protección.

3. Si no dieran instrucciones al respecto, la Empresa o Entidad realizará el transporte, adoptando por sí misma las medidas de seguridad procedentes.

4. Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, los Gobernadores civiles podrán adoptar las medidas que estimen oportunas para coordinar las actuaciones de los Vigilantes Jurados con las de las Fuerzas de Seguridad del Estado, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

Art. 32. 1. Se reducirán al mínimo indispensable los transportes de muestrarios de joyería y platería, procurándose la exhibición de este tipo de objetos preciosos, en establecimientos que reúnan las medidas de seguridad exigidas.

2. Los viajantes llevarán consigo sólo reproducciones de las joyas u objetos preciosos cuya venta promocionan o las piezas originales cuando su valor, en conjunto, no exceda de 2.000.000 de pesetas.

CAPITULO VI

Control e inspección de medidas de seguridad

Art. 33. 1. Cuando se pretenda la apertura de un establecimiento, obligado a disponer de las medidas de seguridad establecidas en este Real Decreto, el titular del mismo lo pondrá en conocimiento del Gobernador civil correspondiente, quien ordenará el examen y comprobación de las medidas adoptadas.

2. Si se observasen deficiencias en las medidas de seguridad obligatorias, el Gobernador civil las notificará a la Empresa o Entidad interesada, a efectos de subsanación.

3. La subsanación de las deficiencias deberá, a su vez, ser comunicada por la Empresa o Entidad al Gobernador civil, que ordenará una nueva comprobación.

4. Mientras las deficiencias no sean debidamente subsanadas, el Gobernador civil podrá mantener en suspenso la apertura del establecimiento.

5. No obstante, si transcurrieran dos meses, a contar desde cada comunicación hecha por la Entidad o Empresa al Gobierno Civil correspondiente, sin recibir notificación de éste de haberse apreciado deficiencias en las medidas de seguridad del establecimiento, podrá procederse a la apertura del mismo.

6. En los supuestos en que la suspensión de apertura del establecimiento se prolongue más de dos meses, el Gobernador civil lo comunicará a la Dirección de la Seguridad del Estado para que, oída la Comisión Mixta, resuelva lo pertinente.

En caso de que la suspensión de apertura afecte a Bancos, Cajas de Ahorro o Entidades de Crédito, se comunicará también al Banco de España.

Art. 34. 1. La Dirección de cada establecimiento, obligado a tener medidas de seguridad, tendrá en su poder un Libro-Catálogo de las instaladas, en el que se hará constar la revisión y puesta a punto de dichas medidas por personal especializado, al menos, una vez cada tres meses.

2. Estos libros estarán, en todo momento, a disposición de los funcionarios designados por los Gobernadores civiles, para examen y comprobación de los datos en ellos reflejados.

Art. 35. Los Gobernadores civiles podrán arbitrar los medios necesarios para asegurar el control e inspección de las medidas de seguridad en el transporte, establecidas en este Real Decreto.

CAPITULO VII

Infracciones y sanciones

Art. 36. De conformidad con lo previsto en el artículo 9.º del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, se considerarán actos que alteran la seguridad pública, los de incumplimiento de las normas de seguridad impuestas por el presente Real Decreto a Empresas o Entidades Públicas o privadas, para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados, en la forma prevista en la legislación de orden público, con multas o con el cierre del establecimiento. Las multas no podrán exceder de: 500.000 pesetas, las impuestas por los Gobernadores civiles; 1.000.000 de pesetas, las impuestas por el Director de la Seguridad del Estado; 2.000.000 de pesetas, las impuestas por el Ministro del Interior; y 5.000.000 de pesetas, las impuestas por el Consejo de Ministros.

Art. 37. El Ministerio del Interior comunicará al de Economía y Hacienda las infracciones que se cometan por los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito, en materia de seguridad, y las sanciones que en cada caso se impongan. Análogas comunicaciones se harán a los Ministerios relacionados con la actividad de las Empresas o Entidades públicas a que afecten las disposiciones del capítulo I.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—1. Corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de la Seguridad del Estado, la planificación, información, asesoramiento y coordinación de la seguridad de las personas, edificios, instalaciones, actividades y objetos de especial interés, en el ámbito de la Administración Civil del Estado, y en los Organismos Autónomos y Empresas vinculadas especialmente a dicha Administración.

2. El Ministerio del Interior, a través de la Dirección de la Seguridad del Estado, previa consulta a los Ministerios afectados, establecerá un Plan General de Seguridad de las Entidades y Organismos citados en el párrafo anterior y elaborará las Normas y Manuales de Seguridad de carácter general y, en su caso, sectoriales o específicos, que garanticen la debida protección de personas, actividades, edificios, instalaciones y objetos relacionados con los mismos.

3. Igualmente se podrán establecer, por dicho Centro Directivo, programas y cursos de información y orientación para los Jefes de los Servicios de Seguridad que existan o se creen en las Entidades y Organismos citados:

4. Sin perjuicio de las competencias atribuidas al Ministerio de Defensa en la normativa vigente, los Departamentos Ministeriales prestarán al del Interior la cooperación necesaria para el cumplimiento de lo dispuesto en este Real Decreto.

Segunda.—1. Presididas por el Director de la Seguridad del Estado, funcionarán Comisiones Mixtas, integradas por representantes del Ministerio del Interior, de las Asociaciones de Empresas o, en su caso, del Consejo General de Colegios Farmacéuticos y de los trabajadores, de los sectores afectados por las medidas de seguridad previstas en este Real Decreto.

2. Dependiente de las Comisiones Mixtas, existirá una Secretaría Permanente, para la ordenación y trámite de los asuntos de su competencia.

3. Las Comisiones Mixtas tendrán como objeto la elaboración de criterios, para lograr la necesaria coordinación y la colaboración entre las Empresas o Entidades necesitadas de protección y los Servicios de Seguridad del Estado.

4. Las Comisiones Mixtas podrán programar cursos o actividades de información y orientación, en materia de seguridad, para el personal de las Empresas afectadas por lo dispuesto en el presente Real Decreto.

5. Elevarán al Ministro del Interior los informes que consideren necesarios, o a aquél recabe, sobre materias de su competencia.

6. La convocatoria de las reuniones de las Comisiones Mixtas se realizará por el Director de la Seguridad del Estado, por propia iniciativa o a solicitud de los representantes de las Asociaciones de Empresas afectadas, del Consejo General de Colegios Farmacéuticos, o de los representantes de sus trabajadores, cuando asuntos de su competencia así lo requieran.

7. A las reuniones de las Comisiones Mixtas podrán ser convocados también los representantes de las Empresas de Seguridad autorizadas, cuando vayan a ser tratados temas que afecten a sus actividades.

Tercera.—Las obras que resulte preciso efectuar en los establecimientos para la adopción de las medidas de seguridad obligatorias, tendrán la consideración de obras necesarias a los efectos que determina el artículo 114.7, párrafo quinto de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Cuarta.—Los Gobernadores Civiles podrán delegar, en los Jefes Superiores y Comisarios provinciales de Policía, las facultades que en materia de autorización para el establecimiento del servicio de Vigilantes Jurados les concede el presente Real Decreto.

Quinta.—Se autoriza al Ministerio del Interior para modificar, con arreglo a la evolución del valor de la moneda, las cuantías previstas en el artículo 31, así como para dictar las normas complementarias que exija el desarrollo y ejecución de este Real Decreto.

DISPOSICION TRANSITORIA

1. Los titulares de Estaciones de Servicio, distribuidoras de combustible y carburantes, de Farmacia y de Administraciones de Lotería y Apuestas Mutuas, deberán adoptar las medidas de seguridad, a que vengan obligados por el presente Real Decreto, antes del plazo de un año, a partir de la entrada en vigor del mismo, salvo lo establecido en los párrafos sexto y séptimo del artículo 25 de este Real Decreto, que será obligatorio al mes siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Los demás afectados vendrán asimismo obligados a adoptar las medidas de seguridad que les corresponda, en el plazo de seis meses a partir del día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo en los casos en que, por la anterior normativa, dichas medidas ya debieran estar adoptadas.

3. La sustitución prevista en el párrafo primero del artículo 14, de las cámaras actualmente instaladas en las oficinas de las Entidades de Crédito, por las cámaras previstas en dicho artículo, deberá producirse en el plazo máximo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda.—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto y en especial los Reales Decretos números 2113/1977, de 23 de julio; 1084/1978, de 30 de marzo; 2212/1978, de 25 de agosto, y 3062/1979, de 29 de diciembre.

Dado en Madrid, a 4 de julio de 1984.

JUAN CARLOS R.

El ministro del Interior
JOSE BARRIONUEVO PEÑA

RESOLUCION DE 4 de abril de 1984, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se dictan normas complementarias para el control de determinadas sustancias psicoactivas, («B. O. E.», núm. 92, de 17 de abril de 1984.)

Los Convenios Internacionales de Estupefacientes, Nueva York, 1961, y de Psicotrópicos, Viena, 1971, ratificados por el Estado español, imponen determinadas medidas de control en la producción, distribución y dispensación de los preparados que contienen esos medicamentos.

Los laboratorios y almacenes farmacéuticos y sus Directores técnicos, por su condición de Entidades y profesionales sanitarios, tienen la obligación de informar a las autoridades sanitarias de cuantos datos conozcan sobre uso indebido de sustancias y preparados psicoactivos y, de igual modo, de los incrementos de utilización de los mismos no justificados suficientemente.

Teniendo en cuenta que se ha apreciado un aumento considerable de las desviaciones a usos no terapéuticos de especialidades farmacéuticas que contienen sustancias psicoactivas, esta Dirección General estima necesario adoptar unas medidas de especial control sobre las mismas.

En consecuencia, y de acuerdo con las facultades que me confiere el artículo quinto de la Ley 17/1967, de 8 de abril, y el artículo cuarto del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, tengo a bien resolver:

Primero.—Las especialidades farmacéuticas que contengan sustancias psicoactivas incluidas en la relación anexa a esta Resolución y presentadas para su administración por la vía que en ella se indica, se incluirán en los sistemas de contabilidad que posibiliten el conocimiento de las entradas y salidas, así como de las existencias de esos preparados en las Entidades farmacéuticas.

Segundo.—Para facilitar el control de su producción, distribución y dispensación, y con independencia de las obligaciones impuestas en la legislación vigente de estupefacientes y psicotrópicos, se adoptarán las siguientes medidas complementarias:

a) Los laboratorios de especialidades farmacéuticas, además de la declaración de lotes prevista en el Decreto 2828/1965, de 14 de agosto, enviarán a la Subdirección General de Control Farmacéutico, trimestralmente, información sobre los ejemplares de las especialidades farmacéuticas afectadas por esta Resolución que comercializan en ese período y el destino de los mismos.

El envío de dicha información se efectuará dentro del mes siguiente al que finaliza el trimestre.

b) Los almacenes farmacéuticos tendrán a disposición de los Servicios Farmacéuticos de Inspección la documentación necesaria que permita conocer la procedencia, destino y cantidad de los ejemplares de las especialidades farmacéuticas que, conteniendo sustancias incluidas en la relación adjunta, se determinen por la Subdirección General de Control Farmacéutico.

Tercero.—Se reitera de modo especial la obligatoriedad de la dispensación con receta médica y su anotación en el libro recetario de las especialidades farmacéuticas que contengan sustancias psicotrópicas incluidas en los anexos al Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, y/o estupefacientes de las listas II y III del Convenio de 1961.

Lo que digo a V. S.

Madrid, 4 de abril de 1984.—El Director general, Félix Lobo Aléu.

Sr. Subdirector general de Control Farmacéutico.

RELACION ANEXA

Vía de administración: Oral y parenteral.

Sustancias psicoactivas:

a) Todas las incluidas en las listas II, III y IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre.

b) Bultalbital.

Cloracepato.

Clordiazepóxido.

Dextropropoxifeno.

Diacepán.

Flunitrocepan.

ORDEN de 30 de mayo de 1984 por la que se incluye en la Lista I, anexa al Convenio único de 1961, sobre estupefacientes, la sustancia alfentanil. («B. O. E.», núm. 139, de 11 junio de 1984.)

Ilustrísimo señor:

Vista la decisión de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, adoptada en la 940 sesión, celebrada, el 6 de febrero y comunicada por el Secretario general de las Naciones Unidas, el 27 de marzo de 1984, en virtud de los informes y recomendaciones recibidos de la Organización Mundial de la Salud, de incluir la sustancia alfentanil en la Lista I del Convenio único de 1961 sobre estupefacientes.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado II del párrafo tercero de dicha Convención única de Estupefacientes, ratificada por España y en virtud de las facultades conferidas en el capítulo I, artículo 2.º de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre Estupefacientes, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

Primero.—Incluir la sustancia N-[1-[2-(4 etil)-4,5 dihidro-5-oxo-1-tetrazol-1-il) etil-4-(metoximetil)-4-piperinidil]-N-fenilpropanamida monohidrocloruro, cuya denominación común internacional es alfentanil, en la Lista I anexa a la Convención única de 1961 sobre estupefacientes y de dicha Convención enmendada por el Protocolo de 1972.

Segundo.—Las Entidades fabricantes o importadoras de alfentanil, a la entrada en vigor de esta Orden ministerial, procederán a declarar a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios las existencias del producto que tuviesen.

Tercero.—Las previsiones de fabricación, así como la importación y exportación de tal producto se someterá a la previa autorización de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios.

Cuarto.—La tenencia, comercialización y distribución de alfantanil se ajustará a lo previsto en la normativa vigente para las sustancias estupefacientes de la Lista I, del Convenio.

Quinto.—Los laboratorios que ostenten la titularidad de especialidades farmacéuticas en cuya composición entre dicha sustancia, los almacenes farmacéuticos, las oficinas de farmacia y los servicios farmacéuticos hospitalarios procederán a declarar al Control de Estupefacientes y Psicotrópicos de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios las existencias de dichas especialidades y del producto, en su caso, al tiempo que proceden a anotar en el Libro de Estupefacientes dichas existencias.

Sexto.—Las especialidades farmacéuticas, actualmente comercializadas, que contengan dicha sustancia serán distribuidas, prescritas, dispensadas y controladas, con sujeción a la normativa legal exigida para los preparados y productos de la Lista I de Estupefacientes.

Séptimo.—En el plazo de treinta días los laboratorios de especialidades farmacéuticas procederán a adecuar el material de acondicionamiento de sus preparados que contengan alfantanil a lo dispuesto para las sustancias estupefacientes.

Octavo.—La presente Orden ministerial entrará en vigor el día siguiente a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Lo que le comunico a V. I. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 30 de mayo de 1984.

LLUCH MARTÍN

Ilmo Sr. Director general de Farmacia y Productos Sanitarios.

CORRECCION de errores de la Orden de 30 de mayo de 1984 por la que se incluye en la lista I, anexa al Convenio único de 1961, sobre estupefacientes, la sustancia alfantanil. «B. O. E.», número 155, de 29 de junio de 1984.)

Advertido error en el texto remitido para su publicación de la mencionada Orden, inserta en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 139, de fecha 11 de junio de 1984, página 16868, se transcribe a continuación la oportuna rectificación:

En el apartado primero, donde dice: «Incluir la sustancia N [1-[2-(4 etil-4,5 dihidro-5-oxo-1-tetrazol-1-ill) etil-4 (metoximetil) -4 piperidinil] -N-fenilpropanamida monohidrocloruro», debe decir: «Incluir la sustancia N [1-[2-(4 etil-4,5 dihidro -5-oxo-1-H-tetrazol-1-il) etil 4 (metoximetil) -4 piperidinil] -N-fenilpropanamida monohidrocloruro».

INSTRUMENTO de ratificación de 21 de mayo de 1984 del Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, hecho en Atenas el 17 de mayo de 1980. («B. O. E.», núm. 152, de 26 de junio de 1984.)

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 17 de mayo de 1980, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Atenas el Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre hecho en Atenas el 17 de mayo de 1980.

Vistos y examinados los dieciséis artículos de dicho Protocolo y los tres anejos que forman parte del mismo.

Concedida por las Cortes Generales la *autorización* prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, su mayor validación y firmeza, *Mando expedir* este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 21 de mayo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores,

FERNANDO MORAN LOPEZ

PROTOCOLO SOBRE LA PROTECCION DEL MAR MEDITERRANEO CONTRA LA CONTAMINACION DE ORIGEN TERRESTRE

Las Partes Contratantes en el presente Protocolo,

Siendo Partes en el Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, adoptado en Barcelona el 16 de febrero de 1976.

Deseosas de poner en práctica el párrafo 2 del artículo 4 y los artículos 8 y 15 del citado Convenio,

Observando el rápido incremento de las actividades humanas en la zona del mar Mediterráneo, especialmente en los ámbitos de la industrialización y la urbanización, así como el crecimiento estacional de las poblaciones ribereñas como consecuencia del turismo,

Reconociendo el peligro que la contaminación de origen terrestre supone para el medio marino y la salud humana, así como los problemas graves que

esto ocasiona en gran parte de las aguas costeras y los estuarios del Mediterráneo, debido fundamentalmente a la descarga de desechos domésticos e industriales no tratados, insuficientemente tratados o evacuados de forma inadecuada,

Reconociendo las diferencias de niveles de desarrollo existentes entre los países ribereños y teniendo en cuenta los imperativos de desarrollo económico y social de los países en desarrollo,

Decididas a adoptar, en estrecha colaboración, las medidas necesarias para proteger el mar Mediterráneo de la contaminación de origen terrestre,

Han convenido lo siguiente:

Art. 1. Las Partes Contratantes en el presente Protocolo (denominadas en lo sucesivo «las Partes») adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir, combatir y controlar la contaminación de la zona del mar Mediterráneo causada por descargas de ríos, establecimientos costeros o emisarios, o procedente de cualesquiera otras fuentes terrestres situadas dentro de sus respectivos territorios.

Art. 2. A los efectos del presente Protocolo:

a) Por «Convenio» se entiende el Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, adoptado en Barcelona el 10 de febrero de 1976.

b) Por «Organización» se entiende el Organismo previsto en el artículo 13 del Convenio.

c) Por «límite de las aguas dulces» se entiende el lugar de los cursos de agua en que, en marea baja y en época de débil caudal, el grado de salinidad aumenta sensiblemente a causa de la presencia de aguas marinas.

Art. 3. La zona de aplicación del presente Protocolo (denominada en lo sucesivo la «zona del Protocolo») comprende:

a) La zona del mar Mediterráneo delimitada en el artículo 1 del Convenio.

b) Las aguas situadas más acá de las líneas de base que sirven para medir la anchura del mar territorial, las cuales, en el caso de los cursos de agua, se extenderán hasta el límite de las aguas dulces.

c) Las lagunas de agua salada que estén en comunicación con el mar.

Art. 4. 1. El presente Protocolo se aplicará a:

a) Las descargas contaminantes que llegue a la zona del Protocolo procedentes de fuentes terrestres situadas en los territorios respectivos de las Partes, en particular:

— Directamente, a través de emisarios o mediante depósitos y descargas costeros.

— Indirectamente, a través de ríos, canales u otros cursos de agua, incluidos los subterráneos, o por medio de escorrentías.

b) A la contaminación de origen terrestre transportada por la atmósfera en las condiciones que se definirán en un anexo adicional al presente Pro-

toloco, que será aceptado por las Partes de conformidad con las disposiciones del artículo 17 del Convenio.

2. El presente Protocolo se aplicará asimismo a las descargas contaminantes procedentes de estructuras artificiales fijas instaladas en el mar, que estén bajo la jurisdicción de una Parte y que no se dediquen a la exploración y explotación de los recursos minerales de la plataforma continental, del fondo del mar y su subsuelo.

Art. 5. 1. Las Partes se comprometen a eliminar en la zona del Protocolo la contaminación de origen terrestre provocada por las sustancias enumeradas en el anexo I del presente Protocolo.

2. A tal efecto las Partes elaborarán y aplicarán, conjunta o individualmente según el caso, los programas y medidas necesarios.

3. Tales programas y medidas incluirán en particular normas comunes de emisión y de uso.

4. Las normas y los calendarios para la aplicación de los programas y medidas encaminados a eliminar la contaminación de origen terrestre serán fijados por las Partes y revisados periódicamente, si es necesario cada dos años, para cada una de las sustancias enumeradas en el anexo I, de conformidad con las disposiciones del artículo 15 del presente Protocolo.

Art. 6. 1. Las Partes se comprometen a reducir estrictamente en la zona del Protocolo la contaminación de origen terrestre provocada por las sustancias o fuentes enumeradas en el anexo II del presente Protocolo.

2. A tal efecto, las Partes elaborarán y aplicarán, conjunta o individualmente según el caso, los programas y medidas adecuados.

3. Tales descargas estarán sujetas estrictamente a la expedición de una autorización por las autoridades nacionales competentes, para lo cual se tendrán debidamente en cuenta las disposiciones del anexo III del presente Protocolo.

Art. 7. 1. Las Partes elaborarán y adoptarán gradualmente, en colaboración con las organizaciones internacionales competentes, directrices y, en su caso, normas o criterios comunes referentes en particular a:

a) La longitud, profundidad y posición de las tuberías de los emisarios costeros, teniendo en cuenta en particular los métodos utilizados para el tratamiento previo de los efluentes.

b) Las prescripciones especiales para los efluentes que necesiten un tratamiento separado.

c) La calidad de las aguas marinas utilizadas para fines específicos, necesaria para la protección de la salud humana, de los recursos vivos y de los ecosistemas.

d) La inspección y gradual sustitución de productos, instalaciones y procesos industriales o de otra índole que provoquen en medida considerable la contaminación del medio marino.

e) Los requisitos especiales relativos a las cantidades vertidas, la concentración de sustancias en los efluentes y los métodos de descarga de las sustancias enumeradas en los anexos I y II.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 del presente Protocolo, tales directrices, normas o criterios comunes tendrán en cuenta las características ecológicas, geográficas y físicas locales, la capacidad económica de las Partes y su necesidad de desarrollo, el nivel de contaminación existente y la capacidad efectiva de absorción del medio marino.

3. Los programas y medidas a que se refieren el artículo 5 y el artículo 6 del presente Protocolo se adoptarán teniendo en cuenta, para su aplicación progresiva, la capacidad de adaptación y reconversión de las instalaciones existentes, la capacidad económica de las Partes y su necesidad de desarrollo.

Art. 8. En el marco de las disposiciones y los programas relativos a la vigilancia previstos en el artículo 10 del Convenio, y en caso necesario en cooperación con las organizaciones internacionales competentes, las Partes emprenderán a la mayor brevedad posible actividades de vigilancia con el fin de:

a) Evaluar sistemáticamente, en la medida de lo posible, los niveles de contaminación a lo largo de sus costas, en particular por lo que atañe a las sustancias o fuentes enumeradas en los anexos I y II, e informar periódicamente al respecto.

b) Evaluar los efectos de las medidas adoptadas de conformidad con el presente Protocolo para reducir la contaminación del medio marino.

Art. 9. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio, las Partes colaborarán en la medida de lo posible en los sectores de la ciencia y la tecnología relacionados con la contaminación de origen terrestre, especialmente en lo que se refiere a la investigación sobre los efluentes, los itinerarios y los efectos de los distintos contaminantes y sobre la elaboración de nuevos métodos para su tratamiento, reducción o eliminación. Con este fin, las Partes se esforzarán en particular en:

a) Intercambiar información científica y técnica.

b) Coordinar sus programas de investigación.

Art. 10. 1. Las Partes, directamente o con asistencia de las organizaciones regionales o de otras organizaciones internacionales competentes, o a nivel bilateral, cooperan en la elaboración y, en la medida de lo posible, en la aplicación de los programas de asistencia en favor de los países en desarrollo, particularmente en las esferas de la ciencia, la educación y la tecnología, a fin de prevenir la contaminación de origen terrestre y sus efectos nocivos sobre el medio marino.

2. La asistencia técnica se prestaría en particular para la capacitación de personal científico y técnico, así como para la adquisición, utilización y fabricación del equipo adecuado por esos países en condiciones ventajosas que convengan las Partes interesadas.

Art. 11. 1. Si hay riesgo de que las descargas procedentes de un curso de agua que atraviesa los territorios de dos o más Partes, o sirve de frontera entre ellas, provoquen la contaminación del medio marino de la zona del Protocolo, se invita a las Partes interesadas a que, respetando cada una de

las disposiciones del presente Protocolo en lo que le conciernan, cooperen con miras a garantizar su plena aplicación.

2. No podrán considerarse a ninguna Parte responsable de una contaminación que tenga su origen en el territorio de un Estado que no sea Parte Contratante. No obstante, la Parte Contratante se esforzará en cooperar con ese Estado a fin de hacer posible la plena aplicación del presente Protocolo.

Art. 12. 1. Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 1 del artículo 22 del Convenio, cuando la contaminación de origen terrestre procedente del territorio de una Parte pueda afectar directamente los intereses de una o más Partes, las Partes interesadas, a petición de una o más de ellas, se comprometen a celebrar consultas con miras a buscar una solución satisfactoria.

2. Si cualquier Parte interesada lo solicita, se incluirá la cuestión en el programa de la siguiente reunión de las Partes que se celebre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del presente Protocolo; dicha reunión podrá formular recomendaciones con miras a llegar a una solución satisfactoria.

Art. 13. 1. Las Partes se informarán mutuamente, a través de la Organización, sobre las medidas adoptadas, los resultados obtenidos y, en su caso, las dificultades halladas en la aplicación del presente Protocolo. Las modalidades para recoger y presentar dicha información se fijarán en las reuniones de las Partes.

2. La información suministrada deberá incluir entre otras cosas:

a) Los datos estadísticos relativos a las autorizaciones concedidas de conformidad con el artículo 6 del presente Protocolo.

b) Los datos obtenidos mediante la vigilancia realizada, de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.

c) Las cantidades de contaminantes evacuados desde sus respectivos territorios.

d) Las medidas adoptadas de conformidad con los artículos 5 y 6 del presente Protocolo.

Art. 14. 1. Las reuniones ordinarias de las Partes se celebrarán simultáneamente con las reuniones ordinarias de las Partes Contratantes en el Convenio que se celebren a tenor del artículo 14 del mismo. Las Partes podrán celebrar también reuniones extraordinarias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio.

2. Las reuniones de las Partes en el presente Protocolo tendrán por objeto en especial:

a) Velar por la aplicación del presente Protocolo, así como examinar la eficacia de las medidas adoptadas y la oportunidad de adoptar otras, especialmente en forma de nexos.

b) Revisar y enmendar, si fuese necesario, cualquier anexo del presente Protocolo.

c) Preparar y adoptar programas y medidas de conformidad con los artículos 5, 6 y 15 del presente Protocolo.

d) Adoptar, de conformidad con el artículo 7 del presente Protocolo, directrices, normas o criterios comunes en la forma convenida por las Partes.

c) Preparar y adoptar programas y medidas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 12 del presente Protocolo.

f) Examinar la información suministrada por las Partes en cumplimiento del artículo 13 del presente Protocolo.

g) Desempeñar cualquier otra función que pueda ser necesaria para la aplicación del presente Protocolo.

Art. 15. 1. La reunión de las Partes adoptará, por mayoría de dos tercios, los programas y medidas para la reducción o eliminación de la contaminación de origen terrestre previstos en los artículos 5 y 6 del presente Protocolo.

2. Las Partes que no puedan aceptar un determinado programa o unas determinadas medidas informarán a la reunión de las Partes de las disposiciones que piensen tomar con respecto a ese programa o esas medidas, quedando entendido que dichas Partes podrán, en cualquier momento, dar su consentimiento al programa o a las medidas que se hayan adoptado.

Art. 16. 1. Las disposiciones del Convenio relativas a cualquiera de sus Protocolos se aplicarán en relación con el presente Protocolo.

2. Los Reglamentos interno y financiero adoptados de conformidad con el artículo 18 del Convenio se aplicarán en relación con el presente Protocolo a menos que las Partes en el presente Protocolo acuerden otra cosa.

3. El presente Protocolo estará abierto en Atenas, del 17 de mayo de 1980 al 16 de junio de 1980, y en Madrid, del 17 de junio de 1980 al 16 de mayo de 1981, a la firma de los Estados invitados a la Conferencia de Plenipotenciarios de los Estados Ribereños de la Región del Mediterráneo sobre la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación de Origen Terrestre, celebrada en Atenas del 12 al 17 de mayo de 1980. Estará asimismo abierto, hasta esas mismas fechas, a la firma de la Comunidad Económica Europea y de cualquier agrupación económica regional semejante en la que al menos uno de sus miembros sea Estado ribereño de la Zona del Mar Mediterráneo y que ejerza competencias en esferas comprendidas dentro del ámbito del presente Protocolo.

4. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Gobierno de España, que asumirá las funciones de Depositario.

5. A partir del 17 de mayo de 1981, el presente Protocolo estará abierto a la adhesión de los Estados a que se refiere el párrafo 3 del presente artículo, de la Comunidad Económica Europea y de cualquier agrupación regional a que se refiere ese mismo párrafo.

6. El presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que hayan sido depositados al menos seis instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación del Protocolo, o de adhesión al mismo, por las Partes a las que se refiere el párrafo 3 del presente artículo.

En testimonio de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

Hecho en Atenas el 17 de mayo de 1980 en un solo ejemplar en los idiomas árabe, español, francés e inglés, haciendo fe por igual cada una de las versiones

ANEXO I

A) Las sustancias y las familias y grupos de sustancias que a continuación se indican se enumeran, sin orden de prioridad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 5 del presente Protocolo. Se han seleccionado principalmente en función de su:

- Toxicidad.
- Persistencia, y
- Bioacumulación.

1. Compuestos organohalogenados y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino (*).

2. Compuestos organofosforados y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino (*).

3. Compuestos orgánicos del estaño y sustancias que puedan formar esos compuestos en el medio marino (*).

4. Mercurio y sus compuestos.

5. Cadmio y sus compuestos.

6. Aceites lubricantes usados.

7. Materiales sintéticos persistentes que puedan flotar, permanecer en suspensión o hundirse y que puedan obstaculizar cualquier uso legítimo del mar.

8. Sustancias de las que se haya probado que tienen propiedades cancerígenas, teratógenas o mutágenas en el medio marino o por conducto de éste.

9. Sustancias radiactivas, incluidos sus desechos, si las descargas de las mismas no se realizan de conformidad con los principios de protección contra las irradiaciones definidos por las organizaciones internacionales competentes, teniendo en cuenta la protección del medio marino.

B) El presente anexo no se aplica a las descargas que contengan las sustancias enumeradas en la sección A) en cantidades inferiores a los límites definidos conjuntamente por las Partes.

ANEXO II

A) Las sustancias, familias y grupos de sustancias o fuentes de contaminación que a continuación se enumeran, sin orden de prioridad, a efectos del artículo 6 del presente Protocolo se han escogido principalmente sobre la base de los criterios utilizados en el anexo I, pero teniendo en cuenta

(*) Con excepción de los que sean biológicamente inocuos o se transformen rápidamente en sustancias biológicamente inocuas.

que son en general menos nocivas o se convierten más fácilmente en inocuas mediante procesos naturales y, por consiguiente, afectan en general a zonas costeras más limitadas.

1. Los elementos siguientes y sus compuestos:

- | | |
|---------------|--------------|
| 1. Cinc. | 11. Estaño. |
| 2. Cobre. | 12. Bario. |
| 3. Níquel. | 13. Berilio. |
| 4. Cromo. | 14. Boro. |
| 5. Plomo. | 15. Uranio. |
| 6. Selenio. | 16. Vanadio. |
| 7. Arsénico. | 17. Cobalto. |
| 8. Antimonio. | 18. Talio. |
| 9. Molibdeno. | 19. Telurio. |
| 10. Titanio. | 20. Plata. |

2. Compuestos biocidas y sus derivados que no figuren en el anexo I.

3. Compuestos orgánicos de silicio y sustancias que puedan dar origen a dichos compuestos en el medio marino, con exclusión de los que sean biológicamente inocuos o se transformen rápidamente en sustancias biológicamente inocuas.

4. Petróleo crudo e hidrocarburos de cualquier origen.

5. Cianuros y fluoruros.

6. Detergentes y otras sustancias tensoactivas no biodegradables.

7. Compuestos inorgánicos del fósforo y fósforo elemental.

8. Microorganismos patógenos.

9. Descargas térmicas.

10. Sustancias que tengan efectos adversos en el sabor o el olor de los productos destinados al consumo humano procedentes del medio acuático, y compuestos que puedan dar origen a dichas sustancias en el medio marino.

11. Sustancias que directa o indirectamente ejerzan una influencia desfavorable en la concentración de oxígeno en el medio marino, especialmente aquellas que puedan provocar fenómenos de eutrofismo.

12. Compuestos ácidos o básicos cuya composición y cantidad puedan poner en peligro la calidad de las aguas del mar.

13. Sustancias que, aun sin tener carácter tóxico, puedan resultar nocivas para el medio marino u obstaculizar cualquier uso legítimo del mar como consecuencia de las cantidades vertidas.

B) El control y la rigurosa limitación de las descargas de las sustancias indicadas en la sección A) deberán realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el anexo III.

ANEXO III

Para la expedición de una autorización de descarga de desechos que contengan las sustancias indicadas en el anexo II o en la sección B del anexo I del presente Protocolo se tendrán particularmente en cuenta los factores siguientes, según el caso:

A) Características y composición de los desechos.

1. Tipo y dimensiones de la fuente de desechos (proceso industrial, por ejemplo).
2. Tipo de desechos (origen y composición media).
3. Forma de los desechos (sólidos, líquidos, suspensiones más o menos densas).
4. Cantidad total (por ejemplo, volumen vertido anualmente).
5. Modalidad de la descarga (continua, intermitente, variable, según la estación).
6. Concentración de los principales componentes de las sustancias enumeradas en el anexo I, de las sustancias enumeradas en el anexo II y de otras sustancias, según el caso.
7. Propiedades físicas, químicas y bioquímicas de los desechos.

B) Características de los componentes de los desechos con respecto a su nocividad.

1. Persistencia (física, química y biológica) en el medio marino.
2. Toxicidad y otros efectos nocivos.
3. Acumulación en materiales biológicos o en sedimentos.
4. Transformación bioquímica que produzca compuestos nocivos.
5. Efectos desfavorables sobre el contenido y equilibrio de oxígeno.
6. Sensibilidad a las transformaciones físicas, químicas y bioquímicas e interacción en el medio acuático con otros componentes del agua del mar que puedan tener efectos nocivos, biológicos o de otro tipo, en relación con los usos enumerados en la sección E.

C) Características del lugar de descarga y del medio marino receptor.

1. Características hidrográficas, meteorológicas, geológicas y topográficas del litoral.
2. Emplazamiento y tipo de la descarga (emisario, canal, vertedero, etc.) y su situación en relación con otras zonas (tales como zonas de esparcimiento, zonas de desove, de cría y de pesca, zonas marisqueras, etc.) y con otras descargas.
3. Dilución inicial lograda en el punto de descarga en el medio marino receptor.
4. Características de dispersión, tales como efectos de las corrientes, de las mareas y de los vientos en el desplazamiento horizontal y en la mezcla vertical.
5. Características del agua receptora en relación con las condiciones físicas, químicas, biológicas y ecológicas en la zona de descarga.
6. Capacidad del medio marino receptor para absorber las descargas de desechos sin efectos desfavorables.

D) Disponibilidad de tecnologías relacionadas con los desechos.

Los métodos de reducción y de descarga de desechos para los efluentes industriales y para las aguas residuales domésticas deberán escogerse teniendo en cuenta la existencia y posibilidad de aplicación de:

- a) Alternativas en materia de procesos de depuración.
- b) Métodos de reutilización o de eliminación.
- c) Alternativas de descarga en tierra, y
- d) Tecnologías de bajo nivel de desechos.

E) *Posible perturbación de los ecosistemas marinos y de los usos del agua del mar.*

1. Efectos sobre la salud humana como consecuencia de la incidencia de la contaminación en:

- a) Los organismos marinos comestibles.
- b) Las aguas de las zonas balnearias.
- c) La estética.

2. Efectos sobre los ecosistemas marinos y especialmente sobre los recursos vivos, las especies amenazadas y los hábitat vulnerables.

3. Efectos sobre otros usos legítimos del mar.

ESTADOS PARTE

Estados	Firma	Ratificaciones/ Aprobaciones	Adhesión	Entrada en vigor
Argelia	—	—	2-5-1983	17- 6 1983
CEE	17-5-1980	7-10-1983 (Ap.)	—	7-10-1983
Chipre	17-5-1980	—	—	—
Egipto	—	—	18-5-1983	17- 6 1983
España	17-5-1980	6- 6-1984 (R.)	—	6- 6-1984
Francia (*)	17-5-1980	13- 7-1982 (Ap.)	—	17- 6 1983
Grecia	17-5-1980	—	—	—
Israel	17-5-1980	—	—	—
Italia	17-5-1980	—	—	—
Libia	17-5-1980	—	—	—
Líbano	17-5-1980	—	—	—
Malta	17-5-1980	—	—	—
Marruecos	17-5-1980	—	—	—
Mónaco	17-5-1980	12- 1-1983 (R.)	—	17- 6 1983
Túnez	17-5-1980	29-10-1981 (R.)	—	17- 6 1983
Turquía	—	—	21-2-1983	17- 6 1983

R: Ratificación. Ap.: Aprobación.

(*) Francia formuló la siguiente reserva: En el caso de que se considere que las disposiciones del presente Convenio y de sus Protocolos anejos obstaculicen las actividades que el Gobierno juzgue necesarias para la defensa nacional, éste no aplicará dichas disposiciones a estas actividades. No obstante, el Gobierno velará, en la medida de lo posible, por el cumplimiento de los objetivos del Convenio y de sus Protocolos anejos, adoptando las medidas apropiadas.

El presente Protocolo entró en vigor el 17 de junio de 1983 y para España el día 6 de junio de 1984, fecha del depósito del Instrumento de Ratificación.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 18 de junio de 1984.—El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

INSTRUMENTO de adhesión de 9 de marzo de 1984 a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, hecha en Nueva York el 17 de diciembre de 1979. «B.O.E.», núm. 162, de 7 de julio de 1984.)

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94, 1, de la Constitución y, por consiguiente, cumplidos los requisitos exigidos por la legislación española, extendiendo el presente Instrumento de Adhesión de España a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, hecha en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, para que, mediante su depósito y de conformidad con lo dispuesto en su artículo 17, España pase a ser Parte en dicha Convención.

En fe de lo cual firma el presente, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 9 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores,

FERNANDO MORAN LOPEZ

Convención Internacional contra la Toma de Rehenes

Los Estados Partes en la presente Convención.

Teniendo presente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.

Reconociendo en particular que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

Reafirmando el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y en otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General.

Considerando que la toma de rehenes es un delito que preocupa gravemente a la comunidad internacional y que, en conformidad con las disposiciones de esta Convención, toda persona que cometa dicho delito deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición.

Convencidos de que existe una necesidad urgente de fomentar la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional.

Han convenido en lo siguiente:

Art. 1. 1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará «el rehén») o la detenga y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

2. Toda persona que:

- a) Intente cometer un acto de toma de rehenes; o
- b) Participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.

Art. 2. Cada Estado Parte establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

Art. 3. 1. El Estado Parte en cuyo territorio el delincuente tenga detenido al rehén adoptará todas las medidas que considere apropiadas para aliviar la situación del mismo, en particular para asegurar su liberación y, una vez que haya sido liberado, para facilitar, cuando proceda, su salida del país.

2. Si llegare a poder de un Estado Parte cualquier objeto que el delincuente haya obtenido como resultado de la toma de rehenes, ese Estado Parte lo devolverá lo antes posible al rehén o al tercero mencionado en el artículo 1, según proceda, o a sus autoridades competentes.

Art. 4. Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular:

a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos, tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen organicen o cometan actos de toma de rehenes.

b) Intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos.

Art. 5. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan:

a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado.

b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera apropiado.

c) Con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión; o

d) Respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1 en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno.

Art. 6. 1. Si considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente procederá, de conformidad con su legislación, a su detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia por el período que sea necesario, a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. Ese Estado Parte procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

2. La detención y las otras medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo serán notificadas sin demora, directamente o por conducto del Secretario general de las Naciones Unidas:

- a) Al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito.
- b) Al Estado contra el cual haya sido dirigida o intentada la coacción.
- c) Al Estado del que sea nacional la persona natural o jurídica contra la cual haya sido dirigida o intentada la coacción.
- d) Al Estado del cual sea nacional el rehén o en cuyo territorio tenga su residencia habitual.
- e) Al Estado del cual sea nacional el presunto delincuente o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual.
- f) A la organización internacional intergubernamental contra la cual se haya dirigido o intentado la coacción.

g) A todos los demás Estados interesados.

3. Toda persona respecto de la cual se adopten las medidas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo tendrá derecho:

a) A ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, competa el establecimiento de esa comunicación o, si se trata de una persona apátrida del Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual.

b) A ser visitada por un representante de ese Estado.

4. Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, a condición, sin embargo, de que esas leyes y reglamentaciones permitan que se cumplan cabalmente los propósitos a que obedecen los derechos concedidos en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

5. Lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de todo Estado que, con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 5, pueda hacer valer su jurisdicción, a invitar al Comité Internacional de la Cruz Roja a ponerse en comunicación con el presunto delincuente y visitarlo.

6. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el

párrafo 1 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados u organización mencionados en el párrafo 2 del presente artículo e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Art. 7. El Estado Parte en que se entable una acción penal contra el presunto delincuente comunicará, de conformidad con su legislación, el resultado final de esa acción al Secretario general de las Naciones Unidas, quien transmitirá la información a los demás Estados interesados y a las organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes.

Art. 8. 1. El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

2. Toda persona respecto de la cual se entable un procedimiento en relación con cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos en el derecho del Estado en cuyo territorio se encuentre.

Art. 9. 1. No se accederá a la solicitud de extradición de un presunto delincuente, de conformidad con la presente Convención si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer:

a) Que la solicitud de extradición por un delito mencionado en el artículo 1 se ha hecho con el fin de perseguir o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política; o

b) Que la posición de esa persona puede verse perjudicada:

i) Porque las autoridades competentes del Estado que esté facultado para ejercer derechos de protección no pueden comunicarse con ella.

2. Con respecto a los delitos definidos en la presente Convención, las disposiciones de todos los Tratados y Acuerdos de extradición aplicables entre Estados Partes quedan modificadas en lo que afecte a los Estados Partes en la medida en que sean incompatibles con la presente Convención.

Art. 10. 1. Los delitos previstos en el artículo 1 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe de otro Estado Parte, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición con respecto a los delitos previstos en el artículo 1. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud.

3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia

de un tratado reconocerán los delitos previstos en el artículo 1 como casos de extradición entre ellos, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud.

4. A los fines de la extradición entre Estados Partes se considerarán que los delitos previstos en el artículo 1 se han cometido no sólo en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.

Art. 11. 1. Los Estados Partes se prestarán la mayor ayuda posible en relación con todo proceso penal respecto de los delitos previstos en el artículo 1, incluso el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no afectarán las obligaciones de ayuda judicial mutua estipuladas en cualquier otro tratado.

Art. 12. Siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos Convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados, tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Art. 13. La presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado.

Artículo 14. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención se interpretarán de modo que justifiquen la violación de la integridad territorial o de la independencia política de un Estado, en contravención de lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas.

Art. 15. Las disposiciones de esta Convención no afectarán la aplicación de los tratados sobre asilo, vigentes en la fecha de la adopción de esta Convención, en lo que concierne a los Estados que son partes en esos tratados; sin embargo, un Estado Parte en esta Convención no podrán invocar esos tratados con respecto a otro Estado Parte en esta Convención que no sea parte en esos tratados.

Art. 16. 1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición

de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a ella, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 de este artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo respecto de ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 de este artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación al Secretario general de las Naciones Unidas.

Art. 17. 1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados hasta el 31 de diciembre de 1980, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

3. La presente Convención está abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

Art. 18. 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación o adhesión en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después del depósito del vigésimo segundo Instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que dicho Estado haya depositado su Instrumento de ratificación o adhesión.

Art. 19. 1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario general de las Naciones Unidas.

2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario general de las Naciones Unidas reciba la notificación.

Art. 20. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario general de las Naciones Unidas, que enviará copias certificadas de él a todos los Estados.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención, abierta a la firma en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979.

ESTADOS PARTES

- Alemania, República Federal Democrática.—15 de diciembre de 1980. R. (1).
 Bahamas.—4 de junio de 1981. A.
 Barbados.—19 de marzo de 1981. A.
 Bhutan.—31 de agosto de 1981. A.
 Chile.—12 de noviembre de 1981. R. (2).
 Egipto.—2 de octubre de 1981. R.
 El Salvador.—12 de febrero de 1981. R. (3).
 Filipinas.—14 de octubre de 1980. R.
 Finlandia.—14 de abril de 1983. R.
 Guatemala.—11 de marzo de 1983. R.
 Honduras.—1 de junio de 1981. R.
 Islandia.—6 de julio de 1981. A.
 Kenya.—8 de diciembre de 1981. A. (4).
 Lesotho.—5 de noviembre de 1980. R.
 Mauricio.—17 de octubre de 1980. R.
 Noruega.—2 de julio de 1981. R.
 Panamá.—19 de agosto de 1982. R.
 Reino Unido.—22 de diciembre de 1982. R. (5).
 República de Corea.—4 de mayo de 1983. A.
 Suecia.—15 de enero de 1981. R.
 Suriname.—5 de noviembre de 1981. R.
 Trinidad y Tobago.—1 de abril de 1981. A.

La presente Convención entró en vigor con carácter general el 3 de junio de 1983, y para España el 25 de abril de 1984, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 18.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 26 de junio de 1984.—El Secretario general Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

DECLARACIONES Y RESERVAS

R. Ratificación. A. Adhesión.

(1) En una comunicación que acompañó al Instrumento de ratificación, el Gobierno Federal de Alemania declaró que dicho Convenio se aplicará también a Berlín (Oeste), con efectos a partir de la fecha en que entre en vigor en la República Federal de Alemania, a reserva de los Derechos, responsabilidades y legislación aliados.

(2) El Gobierno de la República (de Chile), habiendo aprobado el presente Convenio, declara que su aprobación se da en el entendimiento de que dicho Convenio prohíbe la captura de rehenes en cualquier circunstancia, incluso en aquellas a las que se hace referencia en el artículo 12.

(3) En el momento de la firma: Con la reserva permitida en el artículo 16 (2) de dicho Convenio. En el momento de la ratificación: Reserva respecto de la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 16 del Convenio.

(4) «El Gobierno de la República de Kenya no se considera vinculado por las disposiciones del párrafo 1) del artículo 16 del Convenio.»

(5) Respecto del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los territorios bajo la soberanía territorial del Reino Unido.

V. PROYECTOS DE LEY

Proyecto de Ley Orgánica contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. («B. O. C.» de 10 de diciembre de 1983; Serie A, Proyecto de Ley, núm. 81-I.)

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, y oída la Junta de Portavoces, remitirá a la Comisión Constitucional y publicar en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el proyecto de Ley Orgánica contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 28 de diciembre para presentar enmiendas al citado proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

En Ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 30 de noviembre de 1983.—El P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, Luis María Cazorla Prieto.

PROYECTO DE LEY ORGANICA CONTRA LAS ACTUACIONES DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTICULO 55.2 DE LA CONSTITUCION

CAPITULO I

Artículo 1.º Ambito de aplicación de la Ley.

1. La presente Ley alcanza a las personas que presuntamente integradas o relacionadas con actividades terroristas o con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen y ejecuten los delitos y conductas que se especifican en el siguiente apartado y las que cooperen en ellos o inciten a la participación en los mismos, así como a quienes hicieren su apología o encubrieren a los implicados.

2. El ámbito de aplicación de esta Ley comprenderá los supuestos siguientes:

- a) Delitos contra la vida y la integridad física de las personas.
- b) Atentados contra autoridades y funcionarios.
- c) Detenciones ilegales bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas.
- d) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado, instalaciones y centros de comunicaciones, trenes, aerolíneas, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales.

- e) Coacciones, amenazas o extorsiones.
 - f) Incendios y otros estragos.
 - g) Delitos contra la seguridad exterior del Estado.
 - h) Rebelión.
 - i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro.
 - j) La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de las conductas y actividades de las personas integradas en los grupos o bandas organizados y armados de finalidad terrorista o subversiva.
 - k) La constitución de asociaciones, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o subversiva, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus fines o actividades.
- l) En general, todos los delitos cometidos por personas integradas en los referidos grupos o bandas armadas que guarden relación con su finalidad terrorista o subversiva, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación o colaboración con dichas actividades o individuos.

Artículo 2.º Extraterritorialidad de las normas penales.

Los delitos comprendidos en esta Ley cometidos por españoles o extranjeros serán juzgados por los Tribunales españoles, aunque su comisión se realice fuera del territorio nacional y los autores hubieren sido absueltos o condenados a una pena menor en el extranjero, si aquéllos están integrados en bandas armadas u organizaciones terroristas que operen en España o contra el Estado español o cooperan o colaboran con ellas. En estos supuestos se abonará al culpable al tiempo de prisión preventiva o de cumplimiento de la condena en país extranjero

Artículo 3.º Punibilidad agravada de las acciones terroristas y subversivas.

1. Se impondrá en el grado máximo las penas correspondientes a los delitos comprendidos en esta Ley salvo que la finalidad terrorista o subversiva o la integración en bandas armadas sea un elemento constitutivo del tipo penal.

La frustración y la tentativa serán sancionadas con las mismas penas que las señaladas para el delito consumado.

2. Los que atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas o de Cuerpos de Seguridad del Estado o de Entes Autónomos o locales serán sancionados en todo caso conforme a lo establecido en el artículo 233 del Código penal.

3. Los delitos comprendidos en esta ley cometidos por quienes ostenten función o cargo público llevarán siempre aparejada además de la pena señalada en cada caso la de inhabilitación especial.

Artículo 4.º Reglas sobre responsabilidad criminal.

No será aplicable a los delitos de provocación o apología de los comprendidos en esta Ley lo dispuesto en los artículos 13 y 15 del Código penal, siéndoles de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general en el citado Código.

Artículo 5.º Declaración de ilicitud y disolución de asociaciones.

El Tribunal sentenciador acordará, previa declaración de ilicitud, la disolución de asociaciones y otras personas jurídicas o la clausura de centros colectivos de actividad política, cultural o social, cuyos dirigentes o miembros activos fueren condenados por delitos comprendidos en esta Ley siempre que la representación, militancia o vinculación o los referidos entes hubiere sido declarada causalmente relevante para la comisión de los hechos.

Artículo 6.º Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reincidencia social.

1. En los delitos comprendidos en el artículo 1.º serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas.

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en los que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere producido la evitación o disminución sustancial de una situación de peligro por él causada impediendo la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de la pena establecida en el artículo 3.º. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes o para la evitación del delito o del desarrollo de las bandas terroristas o subversivas y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código penal. Esta remisión se entenderá condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley durante el período que fije la sentencia que no podrá ser inferior a cinco años.

3. El integrante, colaborador o cooperador de grupos o bandas armados, condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional cuando, habiendo cumplido la mitad de la pena impuesta, se produzcan algunas de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 b) de este artículo pudiendo el Juez o Tribunal, teniendo en cuenta la colaboración prestada, decretar la libertad condicional cuando se haya extinguido un tercio de la condena.

Artículo 7.º Ejecución de las penas.

Los condenados por delitos comprendidos en esta Ley no podrán gozar del beneficio de la libertad condicional previsto en el artículo 100 del Código penal. Se exceptúan los condenados a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior.

CAPITULO II

Delitos y penas

Artículo 8.º Integración en bandas terroristas y subversivas.

1. Los integrantes de una organización terrorista o banda armada, así como quienes les prestasen su cooperación, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

A los promotores y directivos de la organización terrorista o banda armada y a quienes dirigieren cualquiera de sus grupos de acción se les impondrán las penas del párrafo anterior en su grado máximo.

2. Los actos preparatorios para la constitución del grupo terrorista o banda armada serán castigados, respectivamente, con las penas inferiores en grado.

Artículo 9.º Delitos de terrorismo.

1. El que integrado en una organización terrorista o banda armada realizare cualquiera de los hechos delictivos relacionados en los apartados a) al h) del artículo 1.º utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase cualquiera que sea el resultado producido será castigado con la pena de prisión mayor en sus grados medio y máximo. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les podrá ser impuesta la pena de reclusión menor.

2. Cuando los hechos relacionados en el párrafo anterior sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro precepto, se aplicará la pena de mayor gravedad.

Artículo 10. Delitos de colaboración en actividades terroristas y subversivas.

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos comprendidos en esta Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista o banda armada y entre ellos los siguientes:

a) Información sobre personas, instalaciones, edificios públicos y privados, centros urbanos y cualesquiera otras de contenido análogo que puedan ser significativas para las actividades del grupo o banda armada.

b) Construcción, cesión o utilización de alojamientos, albergues, refugios, cuevas, pozos, buzones u otro elemento idóneo para la ocultación de personas, depósito de armas, víveres, dinero u otras pertenencias relacionadas con los grupos o bandas o con sus víctimas.

c) Ocultación, traslado o transporte de personas vinculadas con los grupos o bandas o con sus actividades delictivas.

d) Asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los grupos o bandas o mantenimiento de relaciones de cooperación con organizaciones extranjeras del mismo carácter.

e) Cualquier forma de cooperación económica o de ayuda o mediación

para la financiación de los grupos o actividades terroristas y de las bandas armadas.

2. Cuando los hechos relacionados en el apartado anterior sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro precepto, se aplicará la pena de mayor gravedad.

Artículo 11. Apología de los delitos previstos en esta Ley.

1. La apología de los delitos comprendidos en esta Ley será castigada conforme a lo que establece en el apartado 3 del presente artículo.

2. Se consideran, en todo caso, actos de apología.

a) La manifestación pública de alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley.

b) La publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y, en general, cualquier otro extremo de difusión por los que se acredite que su finalidad relevante es apoyar o ensalzar la rebelión o las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado y los hechos y efemérides de sus miembros activistas.

c) La ostentación de pancartas, los discursos o soflamas, la quema de banderas o símbolos u otros ultrajes de significación análoga que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público, con manifiesta finalidad de apoyo o adhesión a la rebelión o a las bandas terroristas o subversivas, sus actividades delictivas o las de sus miembros.

3. En los supuestos del apartado a) del párrafo anterior se impondrá la pena inferior en grado a la señalada al delito, si éste se hubiere cometido. En los demás casos se impondrán las penas de prisión menor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. Los Jueces y Tribunales podrán acordar la clausura del medio en el que se hubiere realizado la publicación o difusión, con los efectos prevenidos en el artículo 21.

Cuando el delito se hubiere realizado por medio de la imprenta, la radio-difusión u otro análogo, a los autores materiales del texto, escrito o estampa difundidos se les impondrá la pena de prisión menor en los grados medio y máximo y se elevará el tope máximo de la multa hasta un millón de pesetas.

No se aplicará este precepto cuando el hecho esté sancionado en otra norma que lo castigue con pena de mayor gravedad.

CAPITULO III

Normas procesales

Artículo 12. Organos jurisdiccionales competentes.

La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

Artículo 13. Procedimiento aplicable al enjuiciamiento de los delitos.

1. Serán de aplicación al enjuiciamiento de los delitos comprendidos en esta Ley las normas de procedimiento establecidas en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por las especialidades que se establecen en los artículos siguientes.

2. Para dictar autos y sentencias en las causas cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Penal, ésta se formará, en todo caso, con tres Magistrados.

Artículo 14. Detención preventiva.

Los detenidos serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta.

Artículo 15. Control judicial de la detención.

1. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido la situación de éste, pudiendo el primero, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención.

2. La previsión anterior se entiende sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades gubernativas y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponden al Ministerio Fiscal.

Artículo 16. Incomunicaciones.

La Autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación.

Artículo 17. Registros domiciliarios.

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado podrán proceder sin necesidad de previa autorización o mandato judicial a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 1.º, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como el registro de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieren guardar relación con el delito.

2. El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efec-

tuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado.

Artículo 18. Observación postal, telegráfica y telefónica.

1. El Juez podrá acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación postal, telegráfica o telefónica para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados a que se refiere el artículo 1.º.

2. En caso de urgencia esta medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez quien, también de forma motivada revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

3. En todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente quien podrá revocar lo acordado total o parcialmente en cualquier momento. En el supuesto de revocación deberá ejecutarse inmediatamente la resolución.

4. La sucesiva o sucesivas prórrogas se someterán a los mismos trámites.

Artículo 19. Garantía y control de las medidas.

1. Las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidas en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones.

2. Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a las Cámaras al menos cada tres meses o antes si así lo solicitan dos Grupos parlamentarios, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas.

3. Quienes utilicen injustificada o abusivamente las facultades contenidas en los anteriores artículos serán sancionados con la pena prevista en el artículo 194 del Código Penal, a no ser que los hechos constituyan otro delito de mayor gravedad.

Artículo 20. Prisiones y libertades provisionales.

1. El órgano jurisdiccional competente decretará, en todo caso, la prisión preventiva incondicional en los delitos que tengan señalada pena igual o superior a la de prisión mayor y, asimismo, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, podrá decretar la prisión provisional incondicional cuando el delito tenga señalada pena inferior.

2. La prisión preventiva podrá prolongarse siempre hasta el límite de treinta meses, excepto si se estimare que el tiempo transcurrido en esa situación excede de la mitad de la pena presunta correspondiente al delito, en cuyo evento podrá decretarse la libertad, con o sin fianza.

3. No se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya

libertad se hubiere acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

Artículo 21. Clausura de medios de difusión.

1. Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos comprendidos en esta Ley cometidos por medio de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, cuando solicite esta medida excepcional de aseguramiento, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y si lo creyese procedente la ocupación material de los instrumentos del delito. A los solos efectos de este artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal se entenderán, en todo caso, instrumentos del delito las instalaciones, maquinarias y enseres por lo que se hubieren realizado las actividades tipificadas anteriormente referidas y aquellos que hubieren servido para preparar o confeccionar los comunicados.

2. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el Juez, oído el Ministerio Fiscal y a la vista de las alegaciones de las partes las ratificará o dejará sin efecto, en todo o en parte por medio de auto; procederá la ratificación siempre que hubiere habitualidad o cuando los delitos perseguidos en la querrela fueren de extrema gravedad. Contra este auto podrá interponerse directamente recurso de apelación en un solo efecto que será resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.

Artículo 22. Suspensión de cargos públicos y derechos electorales.

Acordado un auto de procesamiento por alguno de los delitos comprendidos en esta Ley, el encausado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio de la función o cargo público que estuviere ostentando, así como en el derecho de participación pasiva para la provisión de cargos de representación popular.

Artículo 23. Recursos contra las resoluciones del instructor.

Contra los autos y providencias del Juez durante la instrucción no procederá recurso alguno salvo, conforme a lo previsto para el procedimiento de urgencia en los artículos 787 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el de apelación directamente y en un solo efecto, que deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas.

Artículo 24. Normas de agilización del procedimiento.

1. El plazo para instrucción y calificación será común para todas las partes acusadoras, así como el de calificación para las partes acusadas.

2. La sustanciación de las causas por los delitos de esta Ley tendrá absoluta preferencia sobre cualesquiera otras y en ningún caso excederá de sesenta días el plazo transcurrido entre el auto de procesamiento y la celebración de la vista del juicio oral.

CAPITULO IV

Indemnizaciones derivadas de hechos terroristas

Artículo 25. Indemnizaciones a víctimas del terrorismo.

1. Serán resarcibles por el Estado los daños y perjuicios corporales causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades delictivas comprendidas en esta Ley, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que la desarrollen.

2. Las normas de desarrollo a que se refiere el número anterior habrán de ajustarse a los criterios siguientes:

1.º Si se produjeran lesiones no invalidantes, la cantidad a percibir no podrá ser inferior a la fijada en el baremo de indemnizaciones vigente en cada momento, para tales lesiones, en el sistema de la Seguridad Social ni superar la misma en más del 20 por 100.

2.º De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir no podrá ser inferior a doce mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

3.º En los casos de muerte, la indemnización no podrá ser inferior a veinticuatro mensualidades del salario mínimo interprofesional.

3. La determinación de la indemnización se hará teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima y, en su caso, el grado de invalidez producido.

4. Las indemnizaciones a que se refiere el presente artículo serán compatibles con cualesquiera otra a que tuvieren derecho la víctima o sus derechohabientes.

Artículo 26. Indemnizaciones a terceros.

Serán indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a terceros como consecuencia o con ocasión de la ejecución, esclarecimiento o represión de las acciones a que se refiere la presente Ley.

Disposición derogatoria.

1. Quedan derogados:

— El artículo 1.º del Real Decreto-ley 3/1977, de 4 de enero.

— Los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º y los números 1 y 2 del artículo 3.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

— La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución.

— Los artículos 174 bis a), 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a.2 y 216 bis b) del Código Penal.

— La Disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo.

2. Quedan derogadas, asimismo, cuantas Disposiciones se opongan o resulten incompatibles en su aplicación con las de la presente Ley Orgánica.

Disposiciones finales:

Primera.

Por el Ministerio de Economía y Hacienda se efectuarán las transferencias de créditos precisas y las habilitaciones necesarias para la ejecución de esta Ley y de las medidas en ella previstas.

Segunda.

Lo dispuesto en los artículos 4.º, 5.º, 6.º, 20 y 22 de la presente Ley Orgánica tendrá una vigencia temporal de dos años.

Tercera.

Esta Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

PROYECTO DE LEY.—Modificación de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Orgánica) («BOC» de 4 mayo 1984 - Serie A, Proyecto de Ley núm. 100-I).

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, remitir a la Comisión de Justicia e Interior y publicar en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 23 de mayo para presentar enmiendas al citado Proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 2 de mayo de 1984.—P. D. El Secretario General del Congreso de los Diputados. *Luis María Cazorla Prieto.*

PROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Exposición de motivos.

El Proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno eleva a las Cortes Generales para modificar la redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se inspira en los mismos principios que informan ya dichos preceptos desde la promulgación de la reciente Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril. Obedeciendo a tales principios, presentes en la Constitución y explícitamente formulados por el Tribunal Constitucional, el presente proyecto de Ley tiene dos objetivos.

En primer lugar, dar una nueva formulación a los supuestos en que puede decretarse la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de que la medida no ha de aplicarse con automatismo, sino que la Autoridad judicial tomará su decisión «teniendo en cuenta las circunstancias del caso». El proyecto ratifica, pues, el abandono del sistema instaurado en la Ley de 22 de abril de 1980 para permitir que sea el órgano jurisdiccional quien valore, en la tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso, cuándo debe decretar la prisión preventiva y cuándo la libertad provisional del imputado, con o sin fianza. Las interpretaciones dispares que se habían producido en la práctica acerca del alcance del último inciso de la circunstancia segunda del artículo 503, de las que se ha hecho eco la doctrina, obligan al legislador a pronunciarse para evitar divergencias hermenéuticas. Por otra parte, promulgada y vigente la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, en la que se modifica extensamente el sistema penológico, parece procedente incluir las penas de prisión menor e inferiores en la circunstancia segunda del artículo 503.

El segundo objetivo de este Proyecto es el de resolver ciertos problemas que la práctica ha revelado en torno a la duración máxima de la situación de prisión preventiva. Nuestro sistema constitucional impone, como es sabido, dos límites temporales a esa situación. Uno derivado del principio de presunción de inocencia, está presente en el artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado»); parece conveniente completar la declaración del artículo citado otorgando el máximo rango legislativo al derecho del inculcado en situación de prisión a que su causa sea atendida con especial diligencia por los órganos del Poder Judicial. Paralelamente, el Proyecto, que hace suya la vieja declaración de la Exposición de Motivos del Real Decreto aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado»), establece que en el cómputo de la duración de la prisión provisional no se sumarán los períodos en que la causa sufra dilaciones no imputables a los mismos órganos a quienes antes ha exigido esa especial diligencia, esto es, a los órganos jurisdiccionales. Aunque una aplicación de la doctrina del fraude a la Ley pudiera haber bastado para llegar a los mismos resultados que ahora explícitamente se formulan, en materia como ésta, en que las cautelares interpretativas son ciertamente lógicas, resulta conveniente desvanecer toda duda que favorezca resultados contrarios a los perseguidos por el ordenamiento. No hace el Proyecto, por lo demás, sino acoger razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional.

El otro límite, vinculado al derecho a la libertad personal más directamente, está acogido en el artículo 504. Las experiencias recogidas en la aplicación de este último precepto, en tanto que impone los límites temporales máximos de la situación de prisión preventiva, manifiestan la necesidad de prever un sistema de prórrogas vinculado a situaciones objetivas que permitan conjugar el principio de libertad personal con el aseguramiento del proceso penal sin que, en ningún caso, la prisión preventiva juegue como pena

anticipada ni en general, como medida criminológica, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional. Por ello se prevé que la medida de prolongación se adopte en resolución motivada contra la que se podrán utilizar los recursos de reforma y de apelación, que supondrán una garantía que evite que la medida cautelar derive hacia fines distintos de los constitucionalmente previstos.

En su virtud, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de abril de 1984, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY ORGANICA

Artículo único.

Los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán la siguiente redacción:

«Artículo 503.

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez decrete la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza.

3.ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Artículo 504.

Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la segunda circunstancias del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer 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 cometan con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculpado.

El inculcado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos, y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculcado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculcado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decreten la prisión o los que dispongan su prolongación o la libertad provisional, podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

Disposición final

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.»

Proyecto de Ley de Extradición pasiva. («B. O. C.» de 28 de junio de 1984; Serie A, Proyectos de Ley, núm. 105-I.)

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, remitir a la Comisión de Justicia e Interior y publicar en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el proyecto de Ley de extradición pasiva.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 5 de septiembre para presentar enmiendas al citado proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 6 de junio de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, Luis María Cazorla Prieto.

PROYECTO DE LEY DE EXTRADICION PASIVA

MEMORIA-EXPOSICION DE MOTIVOS

El régimen de la extradición pasiva, especialmente en cuanto al procedimiento que ha de seguirse para su concesión, ha venido regulado por Ley de 26 de diciembre de 1958. En el relativamente escaso tiempo de su vigencia, tal régimen ha quedado anticuado tanto en su aspecto interno como internacional, en el primero, la Constitución española extrema las garantías y formalidades a seguir para el respeto de derecho tan fundamental como la libertad de las personas, que por su propia esencia, en todo caso queda bajo el control de la Autoridad Judicial y lógicamente también cuando el reclamado de extradición ha de ser privado de aquélla como medida precautoria que garantice la entrega al país reclamante, si tal extradición fuera acordada.

Por otra parte, la ratificación por España de varios Convenios Europeos sobre la materia —Represión del Terrorismo en 9 de mayo de 1980; el de Asistencia Judicial en materia penal en 14 de julio de 1982 y, especialmente, el de Extradición de 21 de abril de 1982— hace indispensable una revisión a fondo de nuestra Ley interna para suprimir obsoletos criterios y recoger aquellos otros que la técnica internacional ha perfeccionado a través del tiempo hasta ser aceptados por la generalidad de los países.

En relación con uno y otro aspecto el anteproyecto elaborado afecta a toda la materia por lo que supone una nueva Ley, ya que por los numerosos extremos que modifica resulta así más aconsejable que la reforma parcial de la vigente.

Mantiene el mismo sistema y principio cardinal de la anterior en cuanto que la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal.

Por lo demás las novedades más sustanciales que el anteproyecto contiene son las siguientes:

1.ª En materia tan fundamental como la prisión preventiva se sigue íntegramente el criterio constitucional de dar intervención al Juez desde un principio suprimiendo, en consecuencia, el régimen antiguo que permitía la detención sin intervención judicial, hasta la resolución del expediente en vía gubernativa. Su duración se acomoda al criterio de los nuevos Convenios Europeos, no sólo por unificar criterios sobre la materia, sino porque, al propio tiempo, se suprimen plazos intermedios que podían inducir, y con frecuencia han inducido, a confusión:

El plazo de prisión preventiva para casos de urgencia, se fija en cuarenta días, tiempo ya consagrado en reciente práctica judicial y que se estima suficiente para que el Estado reclamante curse la demanda de extradición, habida cuenta que ésta debe formularse en base a la misma sentencia condenatoria o auto de prisión que justifica aquella medida provisional.

A este plazo sigue otro de cuarenta días a partir de la presentación formal de la demanda, lo que supone un total máximo de ochenta días, que unido

al tiempo que exija la tramitación en fase puramente judicial, no debe sobrepasar, en ningún caso, por respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental a la libertad que a toda persona alcanza los límites máximos señalados en nuestro Derecho para la prisión provisional.

Tampoco contiene la nueva Ley previsiones que puedan limitar el arbitrio judicial o contradecir el régimen general instaurado por Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, sobre esta materia en desarrollo de preceptos constitucionales.

2.ª En cuanto a los hechos que puedan dar lugar a la extradición se sigue el sistema de identidad normativa o doble incriminación junto al de apertura en los tipos. Basta, pues, que la infracción esté tipificada en la legislación de ambos países sin que, en consecuencia, deba estar incluida en lista cerrada, sistema éste olvidado en la actualidad aunque continúe imperando en viejos Convenios bilaterales del pasado siglo.

Novedad importante en esta materia es la fijación de un límite mínimo a la gravedad del hecho, determinada por la pena aplicable —un año— o aplicada en Sentencia condenatoria —cuatro meses—. Se sigue así la orientación marcada por el Convenio Europeo, ya que éste comprende además de las penas, las medidas de seguridad privativas de libertad de la misma duración.

3.ª Como excepciones a la extradición se mantiene la de los nacionales y los supuestos que sean de la competencia de nuestros Tribunales, uno y otros por razón de soberanía, lo que no implica impunidad ya que, en ambos supuestos, se invitará al país reclamante a que remita las actuaciones seguidas para que los presuntos culpables puedan ser juzgados en España.

Por lo demás se mantienen también otras excepciones, delitos militares, de prensa, privados con algunas limitaciones, etc. Pero se silencian otros casos como faltas o contravenciones administrativas cuya cita era innecesaria.

En todo caso y por la misma razón de no existir tratado vinculante se declara siempre potestativa la concesión de la extradición, artículo 2.º, con la que España a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá decidir con libertad cada demanda de extradición.

4.ª Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España, con ello se siguen los sistemas francés e italiano en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria si bien se precisan los criterios de esta última decisión del gobierno tal y como establece la legislación suiza.

Ello es lógico y en ningún caso implicará incumplimiento de resoluciones judiciales habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno; técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo. Otra cosa sería que denegada la extradición por el Tribunal pudiera el Gobierno decretar la entrega.

5.ª Se mantienen las dos fases del procedimiento extradicional, incluso los trámites para casos de urgencia, debidamente acomodados a las facultades judiciales para acordar la prisión preventiva. No obstante y en atención a precedentes, que así lo aconsejan, se admite el recurso de súplica contra los autos del propio Tribunal, que, con el de reforma ya admitido en la Ley vigente, permiten posibles correcciones, antes vedadas en esta segunda parte del procedimiento judicial, que pudieran resultar aconsejables ante circunstancias concretas puestas de manifiesto por los propios interesados o el Ministerio Fiscal.

6.ª Otras adaptaciones incluyen especialmente para la extradición en tránsito que, por circunstancias no muy comprensibles, ha sido objeto de reserva por parte de España al ratificar el Convenio Europeo de Extradición y que, en consecuencia, sólo se concederá a los países que lo han ratificado, en las mismas condiciones que la extradición ordinaria, marginando así el procedimiento más racional, ágil y aconsejable que admite el propio Convenio. No parece que deban concederse a los demás países beneficios o ventajas que por esta reserva se niegan a los que han ratificado el Convenio Europeo y, en régimen de reciprocidad, al propio Estado español. Únicamente se admite el supuesto excepcional.

7.ª Quizá también, como novedad digna de mención, debe citarse el procedimiento consignado para la ampliación de extradición como complemento indispensable del principio de especialidad, que permitirá otorgar autorización para proceder por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la entrega. Se recoge así el criterio del Convenio Europeo, el seguido con otros países y, en definitiva, el que resulta aconsejable para evitar situaciones anteriores de impunidad por delitos, incluso más graves y rechazables en el concierto social, que el que motivó la extradición concedida.

8.ª Por lo demás, se ha suprimido la autorización que la actual Ley concede al Gobierno para «convenir reciprocidad en materia de extradición», por estimar que tal autorización podría vulnerar el artículo 94 de la Constitución que, para los supuestos que contempla en su apartado c), requiere previa autorización de las Cortes Generales, autorización que debe entenderse para cada «convenio», cuyo contenido ha de someterse previamente al Parlamento. Lo que no excluye la aplicación del principio de reciprocidad en cada caso concreto, según el artículo 1.º, autorizado por el artículo 12.3 de la misma Constitución, incluso existiendo tanto Tratados como Leyes de Extradición.

9.ª También se han suprimido las referencias al grado de participación (autores, cómplices y encubridores) o al de ejecución del delito (intentado, frustrado y consumado) por anticuadas e innecesarias. El Convenio Europeo tampoco las recoge. Bastará, en consecuencia, que al reclamado le corresponda una de las penas que pueden motivar la extradición para que, con o sin aquellas indicaciones, pueda acordarse su entrega.

Por último, se trata de una Ley que, si bien se inspira en el Convenio Europeo, tal vez el más perfecto, no supone necesariamente una ejecución, cumplimiento o desarrollo del mismo ni de ningún otro. De no existir Convenio o no habiendo ratificado España, la Ley seguiría siendo necesaria. Así

pues, no se considera preceptiva la consulta al Consejo de Estado que prevé el artículo 21.2 de su Ley Orgánica reguladora.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, el Consejo de Ministros, en su reunión del día nueve de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º

Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte.

En todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente.

Artículo 2.º

Se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente prevean una pena o una medida de seguridad privativa de libertad, cuya duración máxima sea, al menos, de un año o una pena más grave o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en España.

Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y sólo concurren en algunos de ellos los requisitos del párrafo anterior sobre duración de las penas o medidas de seguridad, el acuerdo de extradición podrá extenderse también a los que tengan señalada penalidad inferior.

Si la solicitud de extradición se basa en Sentencia dictada en rebeldía al reclamado, a virtud de la cual haya sido éste condenado a pena que, con arreglo a la legislación española, no puede ser impuesta a nadie que no haya estado personalmente en el acto del juicio oral, se concederá la extradición, condicionándola a que la representación diplomática en España del país requirente, dentro del plazo que se le fije, ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio, en el que deberá estar presente y debidamente defendido.

Artículo 3.º

1. No se concederá la extradición de los españoles por delitos cometidos fuera de España ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el ordenamiento nacional. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición, con arreglo a los preceptos correspondientes del ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraude de propósito de hacer imposible la extradición. No obstante, en los supuestos de adquisición por carta de naturaleza que hubiere tenido lugar dentro de los cinco años

anteriores, el Tribunal podrá acceder a la extradición apreciando la naturaleza y circunstancias del delito, al arraigo efectivo del reclamado y otros aspectos inherentes a la naturalización. En ningún caso podrá ser concedida la extradición si los hechos por los que la misma se solicite hubieren sido realizados con posterioridad a la adquisición de la nacionalidad española.

2. Cuando proceda denegar la extradición por el motivo previsto en el apartado anterior, si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere, el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado. Si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España.

Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España.

Artículo 4.º

No se concederá la extradición:

1. Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

Cuando se trate de delitos militares conforme a la legislación española, los cometidos a través de los medios de comunicación social con ocasión del uso de derecho a la libertad de expresión o sólo perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos.

3. Cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un Tribunal de excepción.

4. Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal, conforme a la legislación española o la del Estado requirente.

5. Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España, por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada.

6. Si el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal, o a tratos inhumanos o degradantes.

7. Cuando la persona reclamada para el cumplimiento de una pena privativa de libertad hubiere sido condenada en rebeldía, y el Estado requirente no hubiere dado las garantías exigidas en el párrafo tercero del artículo 2.º.

8. Cuando la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado. El no reconocimiento de la condición de asilado, cualquiera que

sea su causa, no impedirá la denegación de la extradición por las causas de los artículos 4.º, 1 y 5.º, 1.

Artículo 5.º

Asimismo podrá denegarse la extradición:

1.º Si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones.

2.º Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requirente, las medidas más apropiadas.

Artículo 6.º

Si la resolución firme del Tribunal denegare la extradición, dicha resolución será definitiva y no podrá concederse aquélla.

No obstante, si la resolución del Tribunal declarase procedente la extradición, no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla atendiendo al principio de reciprocidad y a la soberanía, seguridad, orden público y demás intereses esenciales para España.

Artículo 7.º

1. La solicitud de extradición se formulará por vía diplomática, o directamente por escrito del Ministerio de Justicia de la parte requirente al Ministro de Justicia español, debiendo acompañarse:

a) La sentencia condenatoria o el auto de procesamiento y prisión o resolución análoga según la legislación del país requirente con expresión sumaria de los hechos y lugar y fecha en que fueron realizados.

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, a ser posible, su fotografía y huellas dactilares.

c) Copia de los textos legales con expresión de la pena aplicable.

d) Si el hecho estuviere castigado con pena capital, el Estado requirente dará seguridades, suficientes a juicio del Gobierno español, de que tal pena no será ejecutada.

2. Los referidos documentos, originales o en copia auténtica, se acompañarán de una traducción oficial al español.

Artículo 8.º

1. En caso de urgencia podrá ser interesada la detención como medida preventiva, si bien deberá hacerse constar expresamente en la solicitud que ésta responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes con expresión de la fecha y hechos que lo motiven, tiempo y lugar de

la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición.

2. La solicitud de detención preventiva se remitirá por vía postal, telegráfica o cualquier otro medio que deje constancia escrita, bien por vía diplomática, bien directamente al Ministerio de Justicia, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal y si en ella constaren todas las circunstancias necesarias, se procederá a la detención del reclamado, poniéndolo a disposición del Juzgado Central de Instrucción de Guardia en plazo no superior a veinticuatro horas para que, si lo estima procedente, decrete la prisión provisional, que dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el país requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición.

3. El Juez podrá, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, acordar la libertad del detenido, adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga: vigilancia de domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza. El incumplimiento de estas medidas dará lugar a la prisión provisional dentro del plazo establecido en el apartado anterior.

La puesta en libertad, con o sin medidas alternativas de la prisión provisional, no será obstáculo para una nueva detención ni para la extradición, si la solicitud de ésta llegara después de la expiración del plazo mencionado en el apartado anterior.

4. En todo caso, se informará al país reclamante de las resoluciones adoptadas, especialmente y con la urgencia posible, de la detención y del plazo dentro del cual deberá presentarse la demanda de extradición.

Artículo 9.º

1. Cuando la solicitud se hubiera formulado por vía diplomática, el Ministerio de Asuntos Exteriores remitirá al de Justicia la solicitud de extradición con expresión de la fecha en que se hubiere recibido.

2. El Ministerio de Justicia, atendidas las circunstancias de la solicitud y cuando el reclamado no estuviera ya detenido preventivamente, podrá interesar del Ministerio del Interior, que proceda a la detención de la persona reclamada y la ponga a disposición del Juzgado Central de Instrucción de Guardia, y remitirá a este Juez información bastante acerca de la demanda de extradición.

Puesto a disposición judicial el reclamado y a la vista de la información recibida, el Juez podrá acordar la prisión provisional del detenido.

3. El Ministerio de Justicia, en un plazo máximo de ocho días computados desde el siguiente al de la recepción de la solicitud, o en su caso de los justificantes, aclaraciones o traducciones por él reclamados, elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuación en vía judicial del procedimiento de extradición.

4. El Gobierno adoptará su decisión dentro del plazo de quince días contados desde la elevación de la propuesta por el Ministerio de Justicia.

Transcurrido este plazo sin que el Gobierno haya adoptado resolución, el Ministerio de Justicia lo hará en su nombre, dentro de los tres días siguientes a la expiración del mismo, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 de este artículo.

5. Cuando el acuerdo fuere denegatorio se pondrá en conocimiento del Estado requirente. Si el reclamado estuviere en prisión, se notificará al Juez que la hubiere decretado para que acuerde su libertad.

6. Cuando el procedimiento se inicie, por petición urgente de detención preventiva, conforme al artículo 7.º, uno y dos, la prisión preventiva se dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el Estado requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición por vía diplomática ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o directamente ante el Ministerio de Justicia españoles. Si se hubiese presentado dentro de dicho plazo de cuarenta días, éste se ampliará a cuarenta días más, para dar tiempo a que el Ministerio de Justicia y el Gobierno españoles puedan cumplir lo establecido en el presente artículo, números tres y cuatro.

Si el procedimiento se inicia por la recepción de la solicitud de extradición por vía diplomática ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o directamente ante el Ministerio de Justicia españoles, el Juez Central de Instrucción competente dejará sin efecto la prisión provisional del reclamado que hubiere decretado, si no recibe dentro del plazo de cuarenta días el acuerdo gubernativo de continuación de la vía judicial del procedimiento de extradición.

7. El límite máximo de la prisión provisional del reclamado y los derechos que corresponden al detenido por causa de extradición se regirán en lo no previsto por esta Ley, por los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 10

Si el Gobierno acordare la continuación del procedimiento en vía judicial remitirá el expediente al Juzgado Central de Instrucción, y si el reclamado no estuviere en prisión, el Ministerio de Justicia oficiará también al Ministerio del Interior para que se practique la detención, se redacte el oportuno atestado y en el plazo de veinticuatro horas siguientes se ponga al detenido con los objetos y papeles que le hubieren sido ocupados, a disposición de la misma Autoridad judicial.

Artículo 11

1. Acordada la continuación del procedimiento en vía judicial, el Juez, a cuya disposición estuviere el reclamado, ordenará la inmediata comparecencia de éste, quien deberá hacerlo asistido de Abogado y, en su caso, de intérprete. Se citará siempre al ministerio fiscal.

2. Identificado el detenido, el Juez le invitará a que manifieste, con expresión de sus razones, si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiera y no se suscitaran obstáculos legales que a ello se opongan, el Juez podrá acceder, desde luego, a la demanda de extradición. En otro caso adoptará la resolución que proceda, bien ordenando la libertad del de-

tenido o bien elevando su detención a prisión, si antes no hubiera decretado ésta, con o sin fianza u otras medidas previstas en el apartado 3 del artículo 8, a resultados del procedimiento subsiguiente, a cuyo fin acordara elevar lo actuado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

3. Las resoluciones anteriores adoptarán la forma de auto que se dictara dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia y del que se dará traslado inmediato al Ministerio de Justicia. Contra este auto sólo procederá el recurso de reforma por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. El Juez, de oficio, a instancia del Fiscal o del reclamado, podrá acordar que se complete la información aportada con los datos necesarios referentes a la identidad del reclamado y a los supuestos fácticos y procesales justificativos de la solicitud de extradición, pudiendo señalar un plazo que en ningún caso excederá de treinta días. Las resoluciones del Juez, en esta materia, serán recurribles conforme a lo establecido en el apartado anterior.

Artículo 12.

1. Recibido el expediente, el Tribunal lo pondrá de manifiesto en Secretaría al Fiscal y al Defensor por plazo sucesivo de tres días, y podrá reclamar, a petición de cualquiera de ambos o de oficio, los antecedentes que juzgue convenientes en relación con el artículo siguiente, sin que contra la resolución del Tribunal sobre este extremo quepa recurso alguno.

2. Si el reclamado de extradición no tuviera defensor se le nombrará de oficio antes de ponerle de manifiesto el expediente.

Artículo 13.

1. Dentro de los quince días siguientes al período de instrucción, se señalará la vista que tendrá lugar con intervención del Fiscal, del reclamado de extradición asistido, si fuera necesario, de intérprete y del abogado defensor. En la vista podrá intervenir, y a tal efecto será citado el representante del Estado requirente cuando así lo hubiere solicitado y el Tribunal lo acuerde atendiendo el principio de la reciprocidad, a cuyo fin reclamará, en su caso, la garantía necesaria a través del Ministerio de Justicia.

2. El reclamado prestará aclaración durante la vista, pero solamente se admitirá y practicará la prueba que verse sobre extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por esta Ley para la concesión de la extradición.

Artículo 14.

1. El Tribunal resolverá, por auto motivado, en el plazo improrrogable de los tres días siguientes a la vista, sobre la procedencia de la extradición, y, al propio tiempo, sobre si ha lugar a la entrega al Estado requirente de los valores, objetos o dinero que hubiese sido ocupado al reclamado.

2. Contra este auto, dictado por la competente Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sólo cabrá recurso de súplica, que deberá ser resuelto por el Pleno de dicha Sala y sin que pueda ser designado ponente ninguno de los Magistrados que dictaren el auto suplicado.

Artículo 15

· Cuando el Tribunal hubiere dictado auto denegando la extradición, librará sin dilación testimonio del mismo al Ministerio de Justicia que a su vez lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición.

· Asimismo, el Tribunal ordenará la inmediata puesta en libertad de la persona requerida de extradición.

Artículo 16

1. Si el Tribunal dictare auto declarando procedente la extradición, librará sin dilación testimonio del mismo al Ministerio de Justicia. El Gobierno decidirá la entrega de la persona reclamada o denegará la extradición por concurrir las causas del párrafo segundo del artículo 6.º.

Asimismo, el Tribunal notificará las indicaciones que de oficio o a instancia del representante diplomático estime pertinente formular para la entrega de la persona reclamada, así como del tiempo en que ésta fue privada de libertad a fines de extradición, que quedará condicionada a que se compute como período de cumplimiento de condena.

2. Acordada la entrega de la persona requerida de extradición, el Ministerio de Justicia lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición.

3. Si el Gobierno denegare la extradición por concurrir las causas del párrafo segundo del artículo 6.º, el Ministerio de Justicia lo comunicará al Tribunal para que acuerde la puesta en libertad de la persona reclamada, sin perjuicio de su expulsión de España de conformidad con la legislación de extranjeros. Igualmente, lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática que formuló la demanda de extradición.

Artículo 17

1. La entrega de la persona cuya extradición haya sido acordada conforme a los Tratados o a esta Ley se realizará por Agente de la Autoridad española, previa notificación del lugar y fecha fijados al efecto, observándose la legislación nacional vigente en este orden. Con aquélla se entregarán a las autoridades o agentes del Estado requirente, acreditados al efecto, los papeles, valores y objetos que deban ser igualmente puestos a su disposición. Si la entrega del individuo reclamado no puede efectuarse, se procederá a la de dichos papeles y efectos, a salvo, en todo caso, de los derechos que pudieran corresponder sobre los mismos a otros interesados.

2. Si la persona reclamada se encontrara sometida a procedimiento o condena por los Tribunales españoles o sancionada por cualquier otra clase de organismos o autoridades nacionales, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requirente.

3. Si la extradición hubiese sido solicitada por varios Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes se decidirá aquélla y en su caso la

entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado.

4. Si la persona reclamada no hubiera sido recibida en la fecha y lugar fijados podrá ser puesta en libertad transcurridos quince días a contar de dicha fecha y necesariamente a los treinta y se podrá denegar su extradición por el mismo hecho si de nuevo se solicitara.

Artículo 18

1. La extradición en tránsito se otorgará previo el cumplimiento de los requisitos y con las mismas condiciones que para la extradición exige la presente Ley.

2. Excepcionalmente, por razones de urgencia, y cuando se utilizare la vía aérea y no estuviera previsto aterrizaje en territorio español, el Gobierno podrá autorizar el tránsito previa recepción de una solicitud con el contenido a que se refiere el número 1 del artículo 8.º y que producirá los efectos previstos en el citado artículo en caso de aterrizaje fortuito.

Artículo 19

1. Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición será preciso autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 7.º y testimonio judicial de la declaración de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición. Iguales requisitos será necesario cumplir para conceder la reextradición de la persona entregada.

2. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permnezca en él más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo.

Artículo 20

Los gastos ocasionados por la extradición en territorio nacional serán, en régimen de reciprocidad, a cargo del Gobierno español. Los causados por extradición en tránsito serán de cuenta del Estado requirente.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958.

DISPOSICION TRANSITORIA

Las disposiciones de naturaleza procesal contenidas en esta Ley, sólo serán aplicables a las extradiciones que se soliciten a partir de su entrada en vigor.

Las de naturaleza sustantiva sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reclamado, el cual, en todo caso, será oído para que manifieste lo que le resulta más ventajosa, atendidas sus personales circunstancias.

Proyecto de Ley de Protección civil. («B. O. C.» de 7 de febrero de 1984; Serie A, Proyectos de Ley, núm. 89-I.)

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, remitir a la Comisión de Justicia e Interior y publicar en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el proyecto de Ley de protección civil.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles, que expira el 24 de febrero, para presentar enmiendas al citado proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 31 de enero de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, Luis María Cazorla Prieto.

MEMORIA

Exposición de motivos

I. Fundamentos

Identificada doctrinalmente como protección física de las personas y de los bienes, en situaciones de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en las que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente, la protección civil constituye la afirmación de una amplia política de seguridad, que encuentra actualmente su fundamento jurídico, dentro de la Constitución, en la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física, como primero y más importante de todos los derechos fundamentales —artículo 15—, en los principios de unidad nacional y solidaridad territorial —artículo 2.º— y en las exigencias esenciales de eficacia y coordinación administrativa— artículo 103.

La magnitud y trascendencia de los valores que están en juego, en las situaciones de emergencia, exige poner a contribución los recursos humanos y materiales, pertenecientes a todas las Administraciones Públicas, a todas las organizaciones y empresas, e incluso a los particulares, a los que, por tal razón, mediante Ley, con arreglo al artículo 30.4 de la Constitución, podrán imponérseles deberes, para hacer frente a los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, auténticos presupuestos de hecho de la Protección Civil.

El presente proyecto de Ley trata, pues, de establecer el marco institucional adecuado para poner en funcionamiento el sistema de protección civil,

con escrupuloso respeto del principio de legalidad, constitucionalmente previsto, de modo que pueda obtenerse la habilitación correspondiente, para poder exigir de modo directo a los ciudadanos determinadas prestaciones de colaboración.

II. Organización

La extraordinaria heterogeneidad y amplitud de las situaciones de emergencia, así como de las necesidades que generan y de los recursos humanos y naturales que han de ser movilizados para hacerles frente, convierten a la protección civil, en primer lugar y esencialmente, en un problema de organización.

Dicha organización corresponde al Estado principalmente, por cuanto: constituye una competencia de protección de personas y bienes, integrada en el área de la seguridad pública; sus mecanismos de actuación son, básicamente, técnicas de planificación y de coordinación a nivel superior, y, jurídicamente, en cuanto que se da respecto a esta materia el supuesto del número 3 del artículo 149 de la Constitución, ya que en ningún caso han sido atribuidas competencias de protección civil a las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, la protección civil se inscribe en el contexto de la protección general de la vida y la integridad física de la persona humana, que no en balde constituye, como se ha dicho al principio, el primero y principal de los derechos fundamentales, proclamado, en el artículo 15 de la Constitución.

Y es bien sabido que la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no constituye la competencia exclusiva de ninguna de las esferas político-administrativas, sino que son el fundamento del orden político y de la paz social —artículo 10.1 de la Constitución— y por ello, según la Constitución y los Estatutos de Autonomía, corresponde a todos los poderes públicos promover las condiciones para que las libertades y los derechos fundamentales sean reales y efectivos.

Los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas atribuyen a éstas, si bien, lógicamente, nunca con carácter exclusivo, competencias para la protección de personas y bienes, y el reconocimiento a los Municipios de competencias para la protección de personas y bienes lo recoge la legislación vigente de Régimen Local y la que se proyecta dictar, del mismo modo que lo ha proclamado toda la que ha estado en vigor en nuestra patria desde tiempo inmemorial.

Consecuentemente, la Ley de Protección Civil es una Ley de ordenación de competencias y del ejercicio de las mismas, en cuyo artículo 1.º, 2, ya de entrada, se reconoce que la protección civil es un servicio público, en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas.

Ello significa que la protección civil es una materia compartida o concurrente y que la Ley de Protección Civil atribuye o reconoce competencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, como competencias propias, y que no es una Ley de traspaso o de transferencia de competencias, ni a las Comunidades Autónomas ni a las Corporaciones Locales.

III. Actuación

Sin embargo, sería equivocado que la organización de la protección civil pretendiese suplantarse o ejercer directamente los servicios públicos que con ella puedan tener relación o, incluso, disponer directamente de los medios a tal fin necesarios. La protección civil, por el contrario, debe actuar a través de procedimientos de ordenación, planificación, coordinación y dirección de los distintos servicios públicos relacionados con la emergencia que se trate de afrontar.

Ello significa que no cabe circunscribir este planteamiento a los aspectos de la simple coordinación administrativa, lo que representaría asumir una estructura organizativa extremadamente débil, cuando lo cierto es que se requiere, tal y como es frecuente en los sistemas de derecho comparado, el reconocimiento, a favor de las autoridades de protección civil, de una auténtica potestad de dirección de los distintos servicios públicos relacionados con la misma.

La protección civil, a su vez, debe plantearse como un conjunto de actividades llevadas a cabo de acuerdo con una ordenada y previa planificación. De ahí que el proyecto trate de racionalizar el esquema de las actuaciones y de las medidas a adoptar que, de otro modo, no cabría asumir o establecer con la urgencia que imponen las situaciones de riesgo o de peligro. Racionalización, en definitiva, que se traduce en planificación de los distintos ámbitos, sectoriales y territoriales, en cuya definición, integración y puesta a punto pueden y deben colaborar las distintas Administraciones Públicas.

IV. Autoprotección

La tarea fundamental del sistema de protección civil consiste en establecer el más óptimo aprovechamiento de las posibles medidas de protección a utilizar. Consecuentemente, debe plantearse, no sólo de forma que los ciudadanos alcancen la protección del Estado y de los otros poderes públicos, sino procurando que ellos estén preparados para alcanzar por sí mismos tal protección.

El proyecto de Ley insiste, por ello, en los aspectos relacionados con la autoprotección ciudadana. En los supuestos de emergencia que requieren la actuación de la protección civil, una parte muy importante de la población depende, al menos inicialmente, de sus propias fuerzas. De ahí que, como primera fórmula de actuación, haya que establecer un complejo sistema de acciones preventivas e informativas, al que contribuye en buena medida el cumplimiento de los deberes que se imponen a los propios ciudadanos, con objeto de concienciar a la población sobre los riesgos que puede sufrir y familiarizarla con las medidas de protección que, en su caso, debe utilizar.

Se trata, en definitiva, de lograr la comprensión y la participación de toda la población, en las tareas propias de la protección civil, de las que los ciudadanos son, al mismo tiempo, sujetos activos y beneficiarios. Comprensión social y participación que, en todos los países, ha requerido tiempo y que, en última instancia, debe ser el resultado de una permanente movilización de la conciencia ciudadana y de la solidaridad social.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro del Interior, somete a la aprobación de las Cortes el siguiente.

PROYECTO DE LEY

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. 1. La acción permanente de los poderes públicos, en materia de protección civil, se orientará al estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y a la protección de personas y bienes en los casos en que dichas situaciones se produzcan.

2. La protección civil es un servicio público, en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria.

3. Sin perjuicio de lo que disponga la Ley de Defensa Civil, ante las consecuencias de cualquier agresión sufrida en caso de guerra, la protección civil estará limitada a:

- a) La autoprotección.
- b) El servicio de alarma.
- c) Los refugios.
- d) La evacuación, dispersión y albergue.
- e) El socorro, rescate y salvamento.
- f) La asistencia sanitaria y social.

Art. 2. 1. La competencia en materia de protección civil corresponde a la Administración Civil. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en las acciones de protección civil.

2. Asimismo, en tiempo de paz, cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija, las Fuerzas Armadas, a solicitud de las autoridades competentes, colaborarán con los servicios de protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen.

3. La colaboración de las Fuerzas Armadas, que actuarán, en todo caso, encuadradas y dirigidas por sus mandos naturales, deberá solicitarse de la autoridad militar que corresponda.

Art. 3. 1. En los supuestos de declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, la protección civil quedará sometida, en todas sus actuaciones, a las autoridades competentes en cada caso, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

2. En los casos de movilización general o parcial por causa de guerra, el Gobierno dispondrá los planes y medidas que permitan la utilización de los servicios de protección civil conforme a tales circunstancias, asegurando, en todo caso, la colaboración entre las autoridades civiles y militares.

CAPITULO II

De los deberes y obligaciones en materia de protección civil

Art. 4. 1. Todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, estarán sujetos a la obligación de colaborar, personal y materialmente, con los servicios de protección civil, en caso de movilización por las autoridades competentes.

2. Igualmente, en función de su edad y circunstancias, estarán obligados a recibir la instrucción y formación necesaria, en materia de protección civil, y a realizar las prácticas oportunas, y, asimismo, al cumplimiento de las medidas de prevención y protección para personas y bienes, establecidas por las leyes y las normas complementarias.

3. En los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos los residentes en territorio nacional estarán obligados a la realización de las prestaciones personales que exija la autoridad competente, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes generales o particulares que dicte.

4. En los casos de requisa y ocupación de bienes, se estará a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa.

Art. 5. 1. El Gobierno, a propuesta del Ministro del Interior, determinará el catálogo de actividades industriales que puedan dar origen a una situación de emergencia.

2. Las empresas comprendidas en el indicado catálogo vendrán obligadas a establecer las medidas de seguridad y prevención, en materia de protección civil, que reglamentariamente se determinen.

Art. 6. 1. Los locales de uso público y lugares de amplia concurrencia, cualquiera que sea la titularidad de los mismos, adecuarán sus instalaciones y servicios a las normas vigentes sobre seguridad, protección contra incendios y otros siniestros.

2. En ejercicio de la función de prevención de situaciones de emergencia, las autoridades gubernativas podrán acordar la suspensión preventiva del uso de los locales a que se refiere el párrafo anterior, en los casos en que sea notorio el riesgo para el personal y usuario, sin perjuicio de otras actuaciones que procedan.

Art. 7. 1. Las empresas y locales a que se refieren los artículos precedentes, dispondrán de un sistema de autoprotección, dotado con sus propios recursos, y del correspondiente plan de emergencia para acciones de prevención de riesgos, alarma, evacuación y socorro.

2. Se promoverá la constitución de organizaciones de autoprotección, entre las empresas de especial peligrosidad, a las que las Administraciones Públicas, en el marco de sus competencias, facilitarán asesoramiento técnico y asistencia.

3. Los servicios de vigilancia, protección y lucha contra incendios, de las empresas públicas o privadas, se considerarán, a todos los efectos; colaboradores de los servicios de protección civil.

Art. 8. En situaciones de emergencia, los medios de comunicación social vendrán obligados a colaborar con las autoridades competentes respecto a la emisión de informaciones dirigidas a la población y relacionadas con dichas situaciones.

Art. 9. 1. La Cruz Roja, y otras Entidades Públicas cuyos fines estén relacionados con la protección civil, contribuirán con sus efectivos y medios a las tareas de la misma.

2. Las Brigadas de Tropas de la Cruz Roja y la Cruz Roja del Mar son unidades de colaboración en materia de protección civil, por lo que su estructura y dotación a estos efectos será establecida en el concierto que se suscriba entre la Cruz Roja y los Ministerios del Interior y Defensa.

Art. 10. 1. Sin perjuicio de las responsabilidades penales o de otro orden en que los infractores de esta Ley pudiesen incurrir, los Alcaldes, Gobernadores Civiles, el Ministro del Interior y el Consejo de Ministros podrán imponer multas por contravenir las obligaciones que esta Ley impone, en cuantía que no excederá de 1.000.000, 5.000.000, 10.000.000 y 1.00.000.000 de pesetas, respectivamente. Son infracciones a la presente Ley:

a) El incumplimiento de las obligaciones de colaboración personal y material con los servicios de protección civil y de las obligaciones derivadas de los planes de emergencia, así como de las órdenes que dicten las autoridades competentes en cumplimiento de los mismos.

b) El incumplimiento por las empresas u organizaciones de las obligaciones de implantar el sistema de autoprotección y el plan de emergencia, y de adecuar sus instalaciones y servicios a las normas vigentes sobre seguridad y protección contra incendios y otros siniestros.

c) La inobservancia de las precauciones y de las medidas, establecidas reglamentariamente, de prevención de siniestros, seguridad y protección de personas y bienes.

d) La negativa a suministrar la información necesaria para la elaboración y ejecución de las normas, listas, catálogos y planes de protección civil.

2. Reglamentariamente se especificarán y clasificarán las infracciones y se graduarán las sanciones, teniendo en cuenta la culpabilidad, y en su caso, la reincidencia de los autores, la peligrosidad o trascendencia de las infracciones para la seguridad de personas y bienes y la capacidad económica de los infractores.

CAPITULO III

De la actuación en caso de emergencia y planes de protección civil

Art. 11. 1. Para determinar las líneas de actuación en las situaciones de emergencia a que se refiere la presente Ley, se aprobarán Planes Territoriales de Protección Civil —Nacional, de Comunidad Autónoma, Provinciales y Municipales— y Planes Especiales —para sectores de actividad, tipos de emergencia o actividades concretas—.

2. Los planes constituirán la norma de actuación de los distintos servi-

cios de protección civil y establecerán la movilización de recursos, tanto del sector público como del sector privado, así como la estructura jerárquico-funcional de las autoridades y servicios que hayan de intervenir en cada emergencia y los métodos de coordinación de los recursos humanos y materiales disponibles, sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse en cada circunstancia por las autoridades competentes.

Art. 12. 1. El Plan Nacional de Protección Civil, a cuyas directrices se ajustarán los demás planes territoriales será aprobado por el Gobierno, a propuesta del ministro del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil.

2. Los Planes Municipales se aprobarán por las correspondientes Corporaciones Locales, se integrarán en los Planes Provinciales y serán homologados por la Comisión Provincial de Gobierno. Los Planes Provinciales se aprobarán por los Gobernadores Civiles y se integrarán en los Planes de Comunidad Autónoma, y los Planes de Comunidad Autónoma, que deberán ser aprobados por el Consejo de Gobierno de la misma, se integrarán en el Plan Nacional; los Planes Provinciales y los de Comunidad Autónoma serán homologados por la Comisión Nacional de Protección Civil.

3. Los Planes Especiales serán aprobados por el Gobierno a propuesta del ministro del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil.

Art. 13. En las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, cuyo control no pueda garantizarse con los medios adscritos habitualmente a la protección civil, se dispondrá la aplicación del Plan que corresponda y la movilización de los servicios y medios necesarios:

a) Por el Alcalde, si la emergencia se produce en el ámbito de su término municipal. En todo caso, dará cuenta al Gobernador Civil.

b) Por el Gobernador Civil, si la emergencia afecta a dos o más Municipios de una misma provincia.

c) Por el Ministro del Interior en los demás casos y en los de especial gravedad, por propia iniciativa o a instancia de los Presidentes de los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, Delegados del Gobierno o Gobernadores Civiles, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14.2 de esta Ley.

CAPITULO IV

Autoridades competentes

Art. 14. 1. El Gobierno es el órgano superior de dirección y coordinación de la Protección Civil, al que corresponde la potestad reglamentaria en la materia.

2. El Gobierno, a propuesta del Ministro del Interior, y a iniciativa, en su caso, del Presidente de la Comunidad Autónoma o del Delegado del Gobierno, podrá conferir delegación para la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, en aquellos casos en que la naturaleza de la emergencia lo hiciera aconsejable.

Art. 15. El Ministro del Interior ostenta la superior autoridad de todos los servicios de protección civil y le corresponde:

a) Elaborar el Plan Nacional de Protección Civil, los Planes Especiales y los Reglamentos técnicos correspondientes y proponer su aprobación al Gobierno, a cuyo efecto podrá interesar de las diferentes Administraciones Públicas la información necesaria.

b) Desarrollar las normas de actuación que en materia de protección civil apruebe el Gobierno.

c) Dirigir, coordinar e inspeccionar las acciones y los medios de ejecución de los Planes de actuación y de los servicios de protección civil.

d) Proponer al Gobierno la adopción de medidas para la reparación de los daños causados por situaciones de emergencia, así como para la corrección de sus causas, quedando excluidas aquellas situaciones en que, siendo afectados sectores productivos concretos, exista cobertura específica para las calamidades producidas.

e) Requerir a las Administraciones Públicas y organizaciones privadas la colaboración necesaria para la realización de simulacros o ejercicios prácticos de control de emergencias determinadas y el cumplimiento de cuantas obligaciones imponga la presente Ley.

f) Otorgar las ayudas procedentes para la atención de necesidades básicas de la población y para la reparación urgente de daños producidos.

g) Disponer, con carácter general, la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad y solicitar del Ministro de Defensa la colaboración de las Fuerzas Armadas.

h) Requerir de las autoridades locales y autonómicas la intervención de sus Cuerpos de Policía y demás servicios relacionados con la protección civil, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales.

Art. 16. La Comisión Nacional de Protección Civil, compuesta en la forma que se determine reglamentariamente, ejercerá las siguientes funciones:

a) Informar y, en su caso, participar en la elaboración y estudio de los reglamentos técnicos que hayan de ser aprobados por el Gobierno y de las normas que se dicten en desarrollo de los mismos.

b) Elaborar los criterios necesarios para establecer los catálogos de recursos movilizables en casos de emergencia, sean públicos o privados.

c) Proponer los criterios de aplicación de las ayudas, beneficios y subvenciones que se puedan conceder.

d) Participar en la coordinación de las acciones de los órganos relacionados con la protección civil.

e) Informar las disposiciones y normas reglamentarias que, por afectar a la seguridad de las personas o bienes, tengan relación con la protección civil.

f) Proponer la normalización y homologación de las técnicas y medios que puedan utilizarse para los fines de protección civil.

g) Homologar los planes de actuación en materia de protección civil, cuya competencia tenga atribuida.

Art. 17. Los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán desarrollar las siguientes funciones en sus respectivos ámbitos territoriales.

- a) La elaboración de sus correspondientes Planes.
- b) La elaboración del inventario de riesgos potenciales y del catálogo de recursos movilizados en casos de emergencia.
- c) La realización de actividades de prevención de riesgos y calamidades públicas.
- d) El mando directo e inmediato de sus servicios propios, sin perjuicio de las competencias que en materia de coordinación prevé esta Ley.
- e) La promoción de la autoprotección empresarial y ciudadana.
- f) Con la colaboración de Diputaciones y Ayuntamientos, la promoción, organización y mantenimiento de Centros de Formación de Personal de los Servicios de Protección Civil y, en especial, de mandos y componentes de los servicios de prevención y de extinción de incendios y salvamento.

Art. 18. 1. Al Delegado del Gobierno en el territorio de las Comunidades Autónomas, a través de los Gobernadores Civiles, y a éstos en el ámbito de sus provincias, les corresponde:

- a) Dirigir los servicios de protección civil.
- b) Coordinar los servicios de protección civil con los de la Comunidad Autónoma y los de las Corporaciones Locales, relacionados con la misma.
- c) Acordar la requisita y ocupación temporal de bienes pertenecientes a particulares, así como la movilización de las personas, medios y recursos.
- d) Ordenar la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y solicitar la colaboración de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.
- e) Requerir, de las autoridades locales y autonómicas, la intervención de sus respectivas Policías y demás servicios relacionados con la protección civil, que actuarán, en todo caso, bajo la dirección de sus mandos naturales.
- f) Proponer medidas urgentes para controlar las situaciones de emergencia y ayudas inmediatas para la atención de las necesidades que afecten a la población.

2. La Comisión Provincial de Gobierno desempeñará, en el ámbito provincial, competencias equivalentes a las de la Comisión Nacional de Protección Civil.

Art. 19.—Las Diputaciones Provinciales o Forales y los Cabildos y Consejos Insulares desarrollarán funciones de promoción de la protección civil, en especial, respecto a los Municipios con población inferior a 20.000 habitantes, teniendo a su cargo, en concreto, las siguientes funciones de protección civil:

- a) Promover la agrupación comarcal de municipios en función del mapa de riesgos potenciales.
- b) Elaborar los planes de intervención en emergencia, de los Municipios que no puedan confeccionarlo por sí mismos.
- c) Asegurar la instalación, organización y mantenimiento de Servicios Comarcales de Prevención y de Extinción de Incendios y Salvamento.
- d) Coordinar los Servicios Comarcales de Protección Civil, de acuerdo con los Planes Especiales y Territoriales, aprobados por las Administraciones de superior ámbito territorial.

Art. 20. 1. Los Municipios, con la consideración de entidades básicas, a los efectos de organización, coordinación y ejecución de la protección civil, tendrán a su cargo las siguientes funciones:

- a) Elaborar el inventario de riesgos potenciales de emergencia.
- b) Realizar el catálogo de recursos movilizables.
- c) La elaboración y aprobación de Planes Municipales de intervención en emergencias.
- d) La realización de actividades de prevención de riesgos y calamidades públicas.
- e) La promoción y control de la autoprotección corporativa y ciudadana.
- f) La organización de los servicios básicos de intervención inmediata en emergencias.
- g) Inspeccionar el cumplimiento de la normativa de protección civil en su ámbito de competencia.

2. Para el desempeño de los cometidos a que se refiere el apartado anterior, los Ayuntamientos con población superior a 20.000 habitantes, y todos aquellos que el Gobierno estime necesario, en función de las circunstancias que concurran en los mismos, dispondrán, en todo caso, de un servicio operativo de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento y de los medios necesarios para garantizar, en situaciones de emergencia, la transmisión de la alarma, la seguridad de las comunicaciones, la evacuación y albergue, la asistencia sanitaria y social, el suministro de agua potable, la rehabilitación de los servicios esenciales y el desescombro.

3. Los Alcaldes, como directores locales de protección civil, adoptarán las medidas adecuadas a las situaciones de emergencia, pudiendo, en caso necesario, disponer la requisita y ocupación temporal de bienes pertenecientes a particulares, así como la movilización de las personas, medios y recursos de su término municipal, dando cuenta inmediata al Ayuntamiento y al Gobernador Civil.

Art. 21. 1. Las autoridades a las que se refieren los artículos precedentes, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, están facultadas para interesar, de cualquier entidad o persona pública o privada, la información necesaria para la elaboración y ejecución de las normas y planes de protección civil, las cuales tendrán la obligación de suministrarla.

2. Asimismo, dichas autoridades podrán requerir, a cualquier entidad o persona pública o privada, el cumplimiento de las medidas de protección civil que sean aplicable en cada caso.

CAPITULO V

Personal de protección civil

Art. 22. 1. Los servicios de protección civil dispondrán, para el desarrollo de su actividad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes:

- a) De personal que ostente la condición de funcionario público.
- b) De personal destinado a prestar servicios, con carácter temporal y obligatorio.

c) De personal procedente de la colaboración ciudadana.

2. También podrán incorporarse a las actividades de protección civil personas en situación legal de desempleo y que estén percibiendo la correspondiente prestación económica por esta causa, en las condiciones que se determinen por los Ministerios del Interior y de Trabajo y Seguridad Social.

Art. 23. 1. El personal destinado a prestar servicios de protección civil, con carácter temporal y obligatorio, estará integrador por:

a) Los ciudadanos en régimen de prestación social sustitutoria del Servicio Militar.

b) Los que hayan sido declarados excedentes del contingente anual a incorporar a filas para la prestación del Servicio Militar.

c) Los ciudadanos para los que se establezca la obligación de prestar el servicio civil.

2. La duración y circunstancias de la prestación, temporal y obligatoria, de servicios en la protección civil, se ajustarán a lo previsto en la legislación específica de cada una de las situaciones reseñadas.

Art. 24. Las autoridades competentes promoverán y apoyarán la vinculación voluntaria y altruista de los ciudadanos a la protección civil, a través de organizaciones que se orientarán, principalmente, a la prevención de situaciones de emergencia que puedan afectarles en el hogar familiar, edificios para uso residencial y privado, manzanas, barrios y distritos urbanos, así como al control de dichas situaciones, con carácter previo a la actuación de los servicios de protección civil o en colaboración con los mismos.

DISPOSICION ADICIONAL

1. Las obligaciones económicas que se deriven de la aplicación de esta Ley, serán objeto de un plan financiero que, a iniciativa del Ministro del Interior y a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, será aprobado por el Gobierno e incorporado, en sucesivas anualidades, a los Presupuestos Generales del Estado.

2. En todo caso, en los Presupuestos Generales del Estado, se asignarán al Ministerio del Interior los créditos necesarios para la concesión de ayudas, destinadas a paliar necesidades básicas de la población, y a la reparación urgente de daños relacionados con dichas necesidades, motivados por situaciones de emergencia.

3. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, establecerá el sistema de compensaciones adecuadas entre los distintos créditos presupuestarios, para los casos en que colaboren, a la solución de situaciones de emergencia, Departamentos Ministeriales u organismos del Estado, cuya colaboración no constituya el ejercicio de sus competencias legales o reglamentarias.

DISPOSICION FINAL PRIMERA

Los reglamentos, normas y ordenanzas sobre seguridad de empresas, actividades, edificaciones, industrias, medios de transporte colectivo, espectáculos, locales y servicios públicos se revisarán por los Ministerios u órganos competentes de las distintas Administraciones Públicas en cada caso, a los que prestarán la debida asistencia técnica los servicios de protección civil y la Comisión Nacional de Protección Civil asesoramiento, para adecuar su contenido a la presente Ley y a las disposiciones que la desarrollen.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA

Las sanciones a que se refiere el artículo 10 de esta Ley podrán ser actualizadas por el Gobierno de acuerdo con los índices oficiales del Instituto Nacional de Estadística.

DISPOSICION FINAL TERCERA

Se faculta al Gobierno para crear la Red de Alarma Nacional, dependiente de los Organos de Protección Civil del Estado, en coordinación con los órganos correspondientes del Ministerio de Defensa, para alertar a la población que pudiera resultar afectada por una emergencia que ocurra en caso de guerra o en tiempo de paz.

*PROYECTO DE LEY del Patrimonio Histórico Español («BOC»
de 3 abril 1984; Serie A, Proyectos de Ley, núm. 96-I.)*

La Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento de la Cámara, remitir a la Comisión de Educación y Cultura y publicar en el BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico-Español.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles, que expira el 24 de abril, para presentar enmiendas al citado Proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

La Memoria que se acompaña con el Proyecto de referencia, está a disposición de los señores Diputados en la Secretaría de la Comisión.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 28 de marzo de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, *Luis María Cazorla Prieto*.

PROYECTO DE LEY DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL

Exposición de motivos

El Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La protección y el enriquecimiento de los bienes que lo integran constituyen obligaciones fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, según el mandato que a los mismos dirige el artículo 46 de la norma constitucional.

Exigencias, que en el primer tercio de siglo constituyeron para el legislador un mandato similar, fueron ejemplarmente cumplidas por los protagonistas de nuestra mejor tradición intelectual, jurídica y democrática, como es buena muestra el positivo legado recibido de la Ley de 13 de mayo de 1933. Pese a este reconocimiento, lo cierto es que la recuperación por nuestro pueblo de su libertad y dignidad perdidas determinó que, desde los primeros momentos en que tan feliz proceso histórico se consumó, se emprendiera la tarea de elaborar una nueva y más amplia respuesta legal a tales exigencias, un verdadero código de nuestro Patrimonio Histórico, en el que los proyectos de futuro se conformaran a partir de las experiencias acumuladas.

Su necesidad fue sentida, en primer término, a causa de la dispersión normativa que, a lo largo del medio siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la venerable Ley, ha producido en nuestro ordenamiento jurídico multitud de fórmulas con que quisieron afrontarse situaciones concretas en aquel momento no previstas o inexistentes. Deriva asimismo esta obligación de la creciente preocupación sobre esta materia por parte de la comunidad internacional y de sus organismos representativos, la cual ha generado nuevos criterios para la protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales, que se han traducido en Convenciones y Recomendaciones, que España ha suscrito y observa pero a los que su legislación interna no se adaptaba. La revisión legal queda, por último, impuesta por una nueva distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas que, en relación a tales bienes, emana de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. La presente Ley es dictada, en consecuencia en virtud de normas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 149 de nuestra Constitución, que para el legislador y la Administración estatal suponen tanto un mandato como un título competencial.

Esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico. Busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismo han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico.

Ello no supone que las medidas de protección y fomento se desplieguen de modo uniforme sobre la totalidad de los bienes que se consideran integrantes, en virtud de la Ley, de nuestro Patrimonio Histórico. La Ley establece distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales. La más genérica y que da nombre a la propia Ley es la de Patrimonio Histórico Español, constituido éste por todos aquellos bienes de valor histórico artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal. En torno a ese concepto se estructuran las medidas esenciales de la Ley y se precisan las técnicas de intervención que son competencia de la Administración del Estado, en particular su defensa contra la exportación ilícita y su protección frente a la expropiación.

En el seno del Patrimonio Histórico Español, y al objeto de otorgar una mayor protección y tutela, adquiere un valor singular la categoría de Bienes de Interés Cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel Patrimonio que, de forma más palmaria, requieran tal protección. Semejante categoría implica medidas asimismo singulares que la Ley establece según la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae.

La Ley dispone también las fórmulas necesarias para que esa valoración sea posible. Pues la defensa del Patrimonio Histórico de un pueblo no debe realizarse exclusivamente a través de normas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos, sino a partir de disposiciones que estimulen a su conservación y, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento.

Así, la Ley estipula un conjunto de medidas tributarias y fiscales y abre determinados cauces nuevos que colocan a España en un horizonte similar al que ahora se contempla en países próximos al nuestro por su historia y su cultural y, en consecuencia, por su acervo patrimonial. De esa forma se impulsa una política adecuada para gestionar con eficacia el Patrimonio Histórico Español. Una política que complementa la acción vigilante con el estímulo educativo, técnico y financiero, en el convencimiento de que el Patrimonio Histórico se acrecienta y se defiende mejor cuanto más lo estiman las personas que conviven con él. Pero también cuantas más ayudas se establezcan para atenderlo, con las lógicas contraprestaciones hacia la sociedad cuando son los poderes públicos quienes facilitan aquéllas.

El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando.

En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar

adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos.

TITULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Art. 1.º Es objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento, revalorización y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español, constituido por todas las creaciones de la cultura material debidas a la acción del hombre, desde sus más antiguas manifestaciones hasta las expresiones tradicionales y contemporáneas. Integran el Patrimonio Histórico Español todas las obras de arte, en su acepción más amplia y aunque se conserven fragmentariamente, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, la escultura y la pintura. Asimismo forman parte de este patrimonio los bienes muebles del valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos y zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico, artístico o antropológico.

Art. 2.º 1. Es deber y atribución esencial de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 44, 46, 149.1 número 1 y 149.2 de la Constitución, garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1 número 28 de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación.

2. En relación al Patrimonio Histórico Español la Administración del Estado aportará las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos y la de éstos entre sí, así como para recabar y proporcionar cuanta información fuera precisa a los fines señalados en el párrafo anterior.

3. A la Administración del Estado compete igualmente la difusión internacional del conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la recuperación de tales bienes cuando hubiesen sido ilícitamente exportados y el intercambio, respecto a los mismos, de información cultural, técnica y científica con los demás Estados y con los Organismos internacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1 número 3 de la Constitución.

Art. 3.º 1. La comunicación y el intercambio de programas de actuación e información relativos al Patrimonio Histórico Español incumbe al Consejo General del Patrimonio Histórico, constituido por un representante de cada Comunidad Autónoma designado por su Consejo de Gobierno y el Director correspondiente de la Administración del Estado, que actuará como Presidente.

2. Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo General del Patrimonio Histórico, son Instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley, la Real Academia de la Historia, la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria.

Art. 4.º A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas de acuerdo con esta Ley y sus respectivos Estatutos, en cualquier momento podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado.

Art. 5.º 1. A los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

2. Los propietarios o poseedores de tales bienes inscritos o que deban inscribirse en el Inventario General previsto en el artículo 35.4 de esta Ley precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma que se establezca por vía reglamentaria.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, queda prohibida la exportación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español cuando hayan sido declarados de Interés Cultural, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 31 y 34 de esta Ley.

Art. 6.º A los efectos de la presente Ley se entenderá como Organismos competentes para su ejecución:

a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico y artístico.

b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesario su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

Art. 7.º Los Ayuntamientos quedan obligados a velar por la conservación del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal. Deberán adoptar las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción y, en su caso, notificar a la Administración competente cualquier amenaza o daño que tales bienes sufran o la dificultad en que se encuentra el Municipio para atender a su conservación.

TITULO I

De la declaración de Bienes de Interés Cultural

Art. 8.º 1. Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de Interés Cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada. La declaración mediante Real Decreto requerirá la previa incoación de expediente administrativo en el que deberá constar informe favorable de alguna de las Instituciones consultivas señaladas en el artículo 3.º, 2, o que tengan reconocido idéntico carácter en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Transcurridos tres meses desde la solicitud del informe sin que éste hubiera sido emitido, se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de Interés Cultural. En todo caso, la Administración dispondrá de un plazo máximo de un año para resolver el expediente a partir de la fecha en que hubiere sido incoado.

2. No podrá ser declarada Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración.

Art. 9.º Cualquier persona podrá solicitar incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural. En tal supuesto, las incidencias y resolución del expediente deberán notificarse a quienes los instaron.

Art. 10. 1. La incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al Bien afectado la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de Interés Cultural.

2. La resolución del expediente que declare un Bien de Interés Cultural deberá describirlo claramente y, en el supuesto de inmuebles, delimitar el entorno afectado por la declaración y, en su caso, definir las partes integrantes, pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración.

Art. 11. Los bienes declarados de Interés Cultural serán inscritos en un Registro General dependiente de la Administración del Estado cuya organización y funcionamiento se determinará por vía reglamentaria. A este Registro se notificará la incoación de dichos expedientes que causarán la correspondiente anotación preventiva hasta que recaiga resolución definitiva.

Art. 12. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un Bien declarado de Interés Cultural deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.

Art. 13. 1. Los propietarios de cualquier bien que haya sido declarado de Interés Cultural deberán mantener actualizada una Guía oficial de cada bien declarado, en los términos que por vía reglamentaria se establezcan.

2. Asimismo, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obli-

gados a permitir y facilitar su inspección por parte de los organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública al menos cuatro días al mes en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado por la Administración competente en atención a la conservación y seguridad de los bienes protegidos y podrá igualmente ser sustituida por el depósito del Bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición, durante un período mínimo de dos meses por cada año natural.

TITULO II

De los bienes inmuebles

Art. 14. Son bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español los Monumentos, los Conjuntos Históricos, los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas.

Art. 15.1. Son Monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico artístico, y científico o social.

2. Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.

3. Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.

4. Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existan bienes muebles o inmuebles de valor arqueológico, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.

Art. 16. La incoación de expediente de declaración de Interés cultural respecto a un Bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas o en su entorno precisarán, en todo caso, autorización de los organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

Art. 17. En la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos, parajes naturales o ambientes artificiales que conforman los bordes del Conjunto.

Art. 18. En los Monumentos declarados de Interés cultural no podrá realizarse otra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes y pertenencias, sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas y cubiertas cualquier clase de publicidad, señal, conducción o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración. En ningún caso se autorizará construcción alguna que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación.

Art. 19. 1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica como Bienes de Interés Cultural determinará la obligación de redactar un Plan Especial de protección del área afectada por la declaración por parte del Municipio o Municipios en que se encontrarán y conforme a la legislación vigente en materia de planes urbanísticos. La aprobación de dicho plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan.

2. Los Planes Especiales a que se refiere el apartado anterior establecerán el orden prioritario de las instalaciones para todos los usos públicos en los edificios y espacios que sean aptos para ello. Igualmente contemplarán las posibles áreas de rehabilitación que, de acuerdo con la legislación urbanística correspondiente, permitan la recuperación del área residencial.

3. Hasta la aprobación inicial del Plan Especial el otorgamiento de licencias en el área afectada precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados y, en todo caso, no se permitirán alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones, agregaciones o alineaciones nuevas.

Art. 20. En la declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico y en los correspondientes Planes Especiales se realizará la catalogación, según lo dispuesto en la legislación urbanística, de los elementos unitarios que conforman el Conjunto, tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o interiores, u otras estructuras significativas, así como los componentes naturales que lo acompañan, defendiendo dos tipos de intervención posible. A los elementos singulares se les dispensará una protección integral. Para el resto de los elementos se fijará, en cada caso, un nivel específico de protección.

Art. 21. 1. Cuando un plan especial de un Conjunto Histórico declarado Bien de Interés Cultural proponga remodelaciones urbanas, éstas sólo se autorizarán si no degradan sus relaciones con la estructura territorial o urbana de la que forma parte, si con ellas se eliminan usos que producen efectos degradantes para el mismo o si establecen conexiones viarias y flujos de tráfico capaces de reducir los aspectos perniciosos por él provocados. La intervención en el tejido urbano conducirá a asegurar la estabilidad e higiene de los edificios y de sus estructuras tipológicas, constructivas y funcionales, evitando aquellas operaciones que las alteren.

2. La conservación de los Conjuntos Históricos declarados Bienes de Interés Cultural supone el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y sólo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del conjunto. En todo caso se tenderá a mantener las alineaciones urbanas existentes.

Art.22. Un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno y se encuentra diversamente vinculado al mismo. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor y en favor de la consecución de un bien social de superior trascendencia. El expediente administrativo para su desplazamiento o remoción deberá contar con un informe positivo emitido por la Real Academia de la Historia o la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando. Su aprobación será competencia de la Administración del Estado.

Art. 23. Cualquier obra o remoción de terreno que se proyecte realizar en un Sitio Histórico o en una Zona Arqueológica declarados Bien de Interés Cultural deberá ser autorizada por la Administración competente para la protección de dichos Bienes, que podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley:

Art. 24. 1. No podrán otorgarse licencias para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la presente Ley, requieran cualquier autorización administrativa, hasta que ésta haya sido concedida.

2. Las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos o, en su caso, la Administración competente en materia de protección del Patrimonio Histórico Español podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística.

Art. 25. Cuando, según lo establecido en la legislación urbanística, hubiérase incoado expediente de ruina de algún inmueble afectado por la promoción o declaración de Bien de Interés Cultural, el organismo que lo hubiere iniciado lo pondrá de inmediato en conocimiento de la Administración competente para la ejecución de la presente Ley, la cual solicitará informe de alguna de las Instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 8.º, que deberá ser favorable a la demolición para proceder a la misma.

TITULO III

De los Bienes Muebles

Art. 26. 1. Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles que constituyan expresión o testimonio de la creación humana y tengan valor histórico, artístico, científico, técnico o de cualquier otra naturaleza cultural.

2. Los propietarios, titulares de derechos reales, poseedores o tenedores de dichos bienes que tengan más de cien años de antigüedad están solidariamente obligados a comunicar su existencia a la Administración competente en el plazo de un mes desde que adquieran su titularidad, posesión o tenencia.

Art. 27. Los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español podrán ser declarados de Interés Cultural. Tendrán tal consideración, en todo caso, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y sean parte esencial de su historia o uso.

Art. 28. A los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 35.4 de esta Ley les serán de aplicación las siguientes normas:

a) La Administración competente podrá en todo momento inspeccionar su conservación.

b) Sus propietarios y en su caso, los titulares de derechos reales sobre los mismos, los poseedores o detentadores están obligados a permitir su estudio a los investigadores previa solicitud razonada.

c) Son imprescriptibles.

d) La transmisión por actos inter vivos o mortis causa, así como cualquier otra modificación en la situación de los bienes deberá comunicarse a la Administración competente y anotarse en el Inventario a que hace mención el artículo 35.4.

e) Los bienes muebles en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado o a entidades de Derecho Público.

f) Las Administraciones Públicas no podrán enajenar bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español, salvo lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley.

Art. 29. 1. La exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5.º de esta Ley será considerada delito o, en su caso, infracción administrativa de contrabando, de acuerdo con la legislación vigente en esta materia. Serán responsables solidarios por el delito o la infracción cometida cuantas personas intervinieran en la exportación y aquellas otras que, por su actuar doloso o negligente, la permitieran o facilitaran.

2. La fijación del valor de los bienes objeto de contrabando a que se refiere el apartado anterior será realizada por una Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, dependiente de la Administración del Estado, cuya composición y funciones se establecerán por vía reglamentaria.

3. Quien exportare indebidamente bienes del Patrimonio Histórico Español cuya recuperación se lograra deberá abonar al adquirente de buena fe el precio satisfecho por los mismos y perderá lo exportado con independencia de las penas o sanciones que le fueran aplicables. Estos bienes pasarán a pro-

riedad del Estado español, que los destinará a un Centro público. Si el adquirente fuese un súbdito extranjero y el enajenante no le reintegrase el precio o la prestación en un plazo de tres meses, el Estado español abonará su importe, procediendo por vía de apremio contra el enajenante.

4. Los bienes objeto de contrabando son inalienables e imprescriptibles y corresponderá a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a su total recuperación. El Gobierno negociará en los correspondientes Acuerdos, Convenios y Tratados Internacionales cláusulas tendentes a reintegrar al territorio español los bienes culturales que hayan sido exportados ilegalmente.

Art. 30. La autorización para la exportación de cualquier bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español estará sujeta a una tasa establecida de acuerdo con las siguientes reglas:

A) Hecho imponible: Lo constituirá la concesión de la autorización de exportación de los mencionados bienes.

B) Exenciones: Estarán exentas del pago de las tasas:

1. La exportación de bienes muebles que tenga lugar durante los diez años siguientes a su importación siempre que ésta se hubiere realizado de forma legal, esté reflejada documentalmente y los bienes no hayan sido declarados de Interés Cultural, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley.

2. La salida temporal legalmente autorizada de bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español.

3. La exportación de objetos muebles de autores vivos.

C) Sujeto pasivo: Estarán obligados al pago de la tasa las personas o entidades nacionales o extranjeras a cuyo favor se concedan las autorizaciones de exportación.

D) Base imponible: La base imponible vendrá determinada por el valor real del bien cuya autorización de exportación se solicita. Se considerará valor real del bien el declarado por el solicitante, sin perjuicio de la comprobación administrativa realizada por el organismo correspondiente de la Administración del Estado, que prevalecerá cuando sea superior a aquél.

E) Tipo de gravamen: La tasa se exigirá conforme a la siguiente tarifa: Hasta 1.000.000 de pesetas, el 5 por ciento.

De 1.000.001 a 10.000.000, el 10 por ciento.

De 10.000.001 a 100.000.000, el 20 por ciento.

De 100.000.001 en adelante, el 30 por ciento.

F) Devengo: Se devengará la tasa cuando se conceda la autorización de exportación.

G) Liquidación y pago: El Gobierno regulará los procedimientos de valoración, liquidación y pago de la tasa.

H) Gestión: La gestión de esta tasa quedará atribuida al Ministerio de Economía y Hacienda.

I) Destino: El producto de esta tasa se ingresará en el Tesoro Público, generándose de modo automático el crédito oportuno en favor del organismo

correspondiente de la Administración del Estado, que se destinará exclusivamente a la adquisición de bienes de interés para el Patrimonio Histórico Español.

Art. 31. 1. La Administración del Estado podrá autorizar la salida temporal de España de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, inscritos o que deban inscribirse en el Inventario General en la forma que por vía reglamentaria se señale. En todo caso deberá constar en la autorización el plazo y garantías de la exportación. Los bienes así exportados no podrán ser objeto del ejercicio del derecho de preferente adquisición.

2. El incumplimiento de las condiciones para el retorno a España de los bienes que de ese modo se hayan exportado tendrá consideración de exportación ilícita.

Art. 32. 1. Los bienes muebles cuya importación haya sido realizada legalmente y esté debidamente documentada, de modo que el bien importado quede plenamente identificado, no podrán ser declarados de Interés Cultural en un plazo de diez años a contar desde la fecha de su importación.

2. Tales bienes podrán exportarse previa licencia de la Administración del Estado, siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos. Transcurrido el plazo de diez años, dichos bienes quedarán sometidos al régimen general de la presente Ley.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los bienes muebles que posean alguno de los valores señalados en el artículo 1.º de esta Ley podrán ser declarados de Interés Cultural antes del plazo de diez años si su propietario solicitase dicha declaración y la Administración del Estado resolviera que el Bien enriquece el Patrimonio Histórico Español.

Art. 33. Salvo lo previsto en el artículo 32, siempre que se formule solicitud de exportación, la declaración de valor hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado, que, de no autorizar dicha exportación, dispondrá de un plazo de seis meses para aceptar la oferta y de un año a partir de ella para efectuar el pago que proceda. La negativa a la solicitud de exportación no supone la aceptación de la oferta que siempre habrá de ser expresa.

Art. 34. El Gobierno podrá concertar con otros Estados la permuta de bienes muebles de titularidad pública pertenecientes al Patrimonio Histórico Español por otros de al menos igual valor y significado histórico. La aprobación precisará de informe favorable de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes al Patrimonio Histórico Español.

TITULO IV

Sobre la protección de los bienes muebles e inmuebles

Art. 35. 1. Para la protección de los bienes integrantes en el Patrimonio Histórico Español y al objeto de facilitar el acceso de los ciudadanos a los mismos, fomentar la comunicación entre los diferentes servicios y promover la información necesaria para el desarrollo de la investigación científica y técnica, se formularán periódicamente Planes Nacionales de Información sobre el patrimonio Histórico Español.

El Consejo General del Patrimonio Histórico Español elaborará y aprobará los Planes Nacionales de Información referidos en el apartado anterior.

3. Los diferentes Servicios Públicos y los titulares de bienes del Patrimonio histórico Español deberán prestar su colaboración en la ejecución de los Planes Nacionales de Información.

4. La Administración del Estado, para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 46 y 149.2 de la Constitución, confeccionará el Inventario General de los Bienes del Patrimonio Histórico Español. Los propietarios, titulares de derechos reales, poseedores o tenedores de tales Bienes están obligados a comunicar su existencia a la Administración competente así como a facilitar las informaciones pertinentes para la elaboración del citado Inventario.

Art. 36. 1. Los bienes declarados de Interés Cultural, así como los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que se refiere el artículo anterior, deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.

2. La utilización de tales bienes quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

3. Cuando los propietarios, los titulares de derechos reales sobre tales bienes o los poseedores no ejecuten las actuaciones exigidas en el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 1 de este artículo, deberá ordenarse su ejecución subsidiaria por la Administración competente, la cual podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable, que, en caso de bienes inmuebles, será inscrito en el Registro de la Propiedad. La Administración competente también podrá realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los Bienes. Excepcionalmente la Administración competente podrá ordenar el depósito de los bienes muebles en centros de carácter público en tanto no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad.

4. Será causa de interés social justificativa para la expropiación forzosa de los bienes declarados de Interés Cultural el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo.

Artículo 37. 1. La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de Interés Cultural.

2. Igualmente podrá actuar de ese modo, aunque no se haya producido dicha declaración, siempre que aprecie la concurrencia de alguno de los valores a que hacen mención los artículos 15 y 26 de esta Ley. En tal supuesto la Administración resolverá en el plazo máximo de quince días hábiles en favor de la continuación de la obra o intervención iniciada, o procederá a incoar la declaración de Bien de Interés Cultural.

3. Será causa justificativa de interés social para la expropiación de los bienes afectados por una declaración de Interés Cultural el peligro de destrucción o deterioro o un uso incompatible con sus valores. Podrán expropiarse por igual causa los inmuebles que incidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de Interés Cultural o den lugar a riesgos para los mismos.

Art. 38. 1. Quien tratase de enajenar un Bien comprendido en el Patrimonio Histórico Español deberá notificarlo al organismo competente para la ejecución de esta Ley y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Cuando la enajenación se efectúe en pública subasta, el subastador deberá comunicar con antelación suficiente el día y hora en que aquélla tendrá lugar.

2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación a que se refiere el apartado anterior la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una Entidad benéfica o para cualquier Entidad de Derecho público, obligándose al pago del precio convenido o, en su caso, el del remate en un período no superior a tres ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.

3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiere notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.

4. Lo dispuesto en los anteriores apartados no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos puedan ser ejercidos por otros organismos en los términos previstos por la legislación que cada Comunidad Autónoma dicte en el ámbito de sus competencias. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá siempre, de producirse, carácter preferente.

5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmitiese la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.

Art. 39. 1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de Interés Cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 35.4 de esta Ley. Tales bienes no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin la autorización expresa de los organismos competentes, para la ejecución de la Ley.

2. Las actuaciones sobre los bienes a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación y consolidación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos

y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser siempre reconocibles y evitar las confusiones miméticas.

3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas.

TITULO V

Del Patrimonio Arqueológico

Art. 40. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter arqueológico, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo o bajo las aguas territoriales. Forman parte asimismo de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

2. Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por Ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.

Art. 41. 1. A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen deliberadamente con el fin de investigar y descubrir toda clase de restos históricos, así como elementos geológicos y paleontológicos.

2. Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.

Art. 42. 1. Toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente que, mediante los procedimientos de inspección y control idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico.

2. La autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a sus beneficiarios a entregar los objetos obtenidos al Museo o Centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, sin que en caso alguno sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 44,3 de la presente Ley.

3. Las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente serán ilícitas, así como las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fue concebida, y sus

responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley. En tales casos la Administración competente incautará todos los objetos o bienes hallados.

Art. 43. La Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en los que se presuma la existencia de yacimientos o resto. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de superlación vigente sobre expropiación forzosa.

Art. 44. 1. Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones remociones de tierra u obras de cualquier índole. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

2. Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público.

3. El descubridor y el propietario del lugar en que hubieren sido encontrados los objetos tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación se les atribuya. La cantidad que lo exprese se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

4. El incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo privará al descubridor y, en su caso al propietario, del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan.

5. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo el hallazgo de objetos que formen parte de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural cuando el propietario lo restaure íntegramente a sus expensas. No obstante, el hallazgo deberá ser notificado a la Administración competente en un plazo máximo de treinta días.

Art. 45. Los objetos arqueológicos que procedan de excavaciones o prospecciones autorizadas o de descubrimientos casuales, de incautación o compra, así como los adquiridos por la Administración por cualquier título, se depositarán en Museos o Centros Públicos, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural científica.

TITULO VI**Del Patrimonio Etnográfico**

Art. 46. Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.

Art. 47. 1. Son bienes inmuebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en un conjunto parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicas utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos.

2. Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

3. Se considera que tiene valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que, por estar en contradicción con los usos sociales y las técnicas imperantes, se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes.

TITULO VII**Del Patrimonio Documental y Bibliográfico y de los Museos**

Artículo 48. 1. A los efectos de la presente Ley forman parte del Patrimonio Histórico Español los Museos, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico constituido por cuantos bienes, reunidos o no en Archivos y Bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en el Capítulo I de este Título.

2. El Patrimonio Documental y Bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título. En lo no previsto en ellas les será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en su régimen particular de bienes muebles.

CAPITULO I**Del Patrimonio Documental y Bibliográfico**

Artículo 49. 1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogida en cualquier tipo de soporte mate-

rial, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones.

2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas, y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cincuenta años, generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso, por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado.

4. Integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los setenta y cinco años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.

5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración. La incoación del correspondiente expediente administrativo producirá los mismos efectos que la declaración.

Art. 50. 1. Forman parte del Patrimonio Bibliográfico los ejemplares de obras literarias, históricas, científicas o artísticas, de carácter unitario o seriado, de más de cien años de antigüedad, que consten en escritura manuscrita o impresa y las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública. Asimismo forman parte de este Patrimonio cualesquiera de dichas obras de las que, sin tener esa antigüedad, no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos.

2. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Bibliográfico aquellos ejemplares o colecciones que, sin alcanzar la antigüedad indicada en el apartado anterior, merezcan dicha consideración. La incoación del correspondiente expediente producirá los mismos efectos que la declaración.

3. Asimismo forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otras similares cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas.

Art. 51. 1. Los poseedores en cualquier concepto de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico y, en su caso los titulares de derechos reales sobre tales bienes, están obligados a comunicar a la Administración competente su existencia y facilitar las informaciones pertinentes para elaborar el Censo a que se refiere el artículo 53.

2. La Administración del Estado podrá exigir a los propietarios de bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico la elaboración

de una Guía oficial en los mismos términos que se requieren para los bienes declarados de Interés Cultural.

Art. 52. 1. Todos los poseedores de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados.

2. Si los obligados incumplen lo dispuesto en el apartado anterior, la Administración adoptará las medidas de ejecución oportunas, conforme a lo previsto en el artículo 36.3 de la presente Ley. El incumplimiento de dichas obligaciones, cuando además sea desatendido el requerimiento formulado por la Administración, podrá ser causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes afectados.

3. Los obligados a la conservación de los bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico deberán facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de los bienes, y habrán de permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos. Esta última obligación podrá ser sustituida por la Administración competente, mediante el depósito temporal del bien en un Archivo, Biblioteca o Centro análogo de carácter público que reúnan las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación.

Art. 53. 1. La Administración del Estado elaborará el Censo de los bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico, incluyendo una estimación del estado de conservación de los mismos.

2. Todos los propietarios, los titulares de derechos reales o los poseedores de tales bienes están obligados a colaborar con los organismos y servicios competentes en la confección del referido Censo, proporcionando información sobre los mismos.

3. Los datos que figuren en el Censo tendrán carácter reservado en los supuestos a que se refiere el artículo 105 b) de la Constitución.

Art. 54. 1. Quienes por la función pública que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley, están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda.

2. La retención indebida de los documentos a que se refiere el apartado anterior por personas o instituciones privadas dará lugar a que la Administración del Estado ordene el traslado de tales bienes a un Archivo público, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido.

Art. 55. 1. La exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico contemplados en el artículo 49.2 y los demás de titularidad pública deberá ser autorizada por la Administración del Estado. En caso de documentos será necesario el dictamen previo de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos.

2. En ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o los entes públicos.

3. En los demás casos la exclusión o eliminación deberá ser autorizada por la Administración del Estado a propuesta de sus propietarios o poseedores, mediante procedimiento que se establecerá por vía reglamentaria.

Art. 56. 1. Los actos de disposición, exportación e importación de bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico quedarán sometidos a las disposiciones contenidas en el artículo 5.º y Títulos III y IV de la presente Ley que les sean de aplicación. Lo que en dichas disposiciones se refiere a los bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Histórico Español se entenderá respecto de los incluidos en el Censo contemplado en el artículo 53.

2. En todo caso, cuando tales bienes sean de titularidad pública serán imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Art. 57. 1. Todos los ciudadanos tienen derecho, conforme a lo establecido en el artículo 105.b) de la Constitución a la libre consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español, en las condiciones de acceso que se establecen en la presente Ley.

2. El acceso a los documentos públicos se atenderá a las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tales documentos serán de libre consulta a partir de su otorgamiento o de la conclusión de su tramitación, salvo que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley.

b) Durante un plazo de veinticinco años a partir de su otorgamiento o de la conclusión de su tramitación se podrá requerir autorización administrativa para su consulta, cuando la difusión de su contenido entrañe riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de los delitos. En supuestos determinados y para documentos singulares la autoridad administrativa competente podrá ampliar el plazo requerido para dicha autorización por un período máximo de otros veinticinco años. Excepcionalmente, y previa resolución motivada en la forma y por la autoridad que reglamentariamente se determine, podrá excluirse de la consulta pública un determinado documento, transcurridos cincuenta años a partir de su fecha.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde la muerte de las personas afectadas, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.

Art. 58. El estudio y dictamen de las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de las Administraciones Públicas, así como su integración en los Archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos, corresponderá a una Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, cuya composición, funcionamiento y competencias específicas se establecerán por vía reglamentaria. Asimismo podrán constituirse Comisiones Calificadoras en los organismos públicos que así se determine.

CAPITULO II

De los Archivos, Bibliotecas y Museos

Art. 59. 1. Son Archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa.

2. Son Bibliotecas las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarian, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio para su lectura en sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información.

3. Son Museos las instalaciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación, conjuntos de Bienes de Interés Cultural y colecciones de objetos de valor histórico, artístico, científico y técnico.

Art. 60. Se declaran Bienes de Interés Cultural, y quedan sometidos al régimen correspondiente que la presente Ley establece para los mismos, los inmuebles destinados a la instalación de Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad pública, así como los bienes muebles en ellos custodiados.

Art. 61. 1. La Administración del Estado podrá crear cuantos Archivos, Bibliotecas y Museos considere oportunos, cuando las necesidades culturales y sociales así lo requieran y sin perjuicio de la iniciativa de otros organismos, instituciones o particulares.

2. Los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal y carácter nacional serán creados mediante Real Decreto.

3. La Administración del Estado promoverá la comunicación y coordinación de todos los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal existentes en el territorio español. A tal fin podrán recabar de ellos cuanta información considere adecuada, así como inspeccionar su funcionamiento y tomar las medidas encaminadas al mejor cumplimiento de sus fines.

Art. 62. La Administración del Estado garantizará el acceso gratuito de todos los ciudadanos españoles a los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, sin perjuicio de las restricciones que, por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados, puedan establecerse.

Art. 63. 1. Los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal podrán admitir en depósito bienes de propiedad privada o de otras Administraciones públicas de acuerdo con las normas que por vía reglamentaria se establezcan.

2. Los Bienes de Interés Cultural, así como los integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico custodiados en Archivos y Museos de titularidad estatal no podrán salir de los mismos sin previa autorización, que

deberá concederse mediante Orden ministerial. Cuando se trate de objetos en depósito se respetará lo pactado al constituirse.

Art. 64. Los edificios en que estén instalados Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad pública, así como los edificios o terrenos en que vayan a instalarse, podrán ser declarados de utilidad pública a los fines de su expropiación. Esta declaración podrá extenderse a los edificios o terrenos contiguos cuando así lo requieran razones de seguridad para la adecuada conservación de los inmuebles o de los bienes que contenga.

Art. 65. 1. Cada Departamento ministerial asegurará la coordinación del funcionamiento de todos los Archivos del Ministerio y de los Organismos a él vinculados, para el mejor cumplimiento de lo preceptuado en la presente Ley y en los Reglamentos que se dicten para su aplicación.

2. La documentación de los Organismos dependientes de la Administración del Estado será regularmente transferida, según el procedimiento que por vía reglamentaria se establezca, a los Archivos del Estado.

Art. 66. 1. Constituyen los Sistemas Españoles de Archivos de Bibliotecas y de Museos, respectivamente, los Archivos, Bibliotecas y Museos, así como los servicios de carácter técnico o docente directamente relacionados con los mismos, que se incorporen en virtud de lo dispuesto en este artículo.

2. Se incorporarán a sus respectivos sistemas los Archivos, Bibliotecas, Museos y Servicios de titularidad estatal, así como los dependientes de las restantes Administraciones públicas cuando éstas resuelvan la incorporación. Asimismo, podrán incorporarse los Archivos, Bibliotecas y Museos, así como sus respectivos Servicios, pertenecientes a entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso, a fundaciones y asociaciones de carácter privado, siempre que sus titulares soliciten la incorporación.

3. En el marco del Consejo General del Patrimonio Histórico se constituirán los órganos técnicos correspondientes a cada uno de los sistemas a que se refiere el presente artículo.

4. Los centros y servicios integrados en los Sistemas Españoles de Archivos, Bibliotecas y Museos deberán disponer de un Reglamento aprobado por la Administración competente, previo dictamen de órganos técnicos respectivos.

TITULO VIII

De las medidas de fomento

Art. 67. El Gobierno dispondrá las medidas necesarias para que la financiación de las obras de conservación, mantenimiento, restauración y rehabilitación realizadas en bienes declarados de Interés Cultural tenga preferente acceso al crédito oficial en la forma y con los requisitos que establezcan sus normas reguladoras. A tal fin, la Administración del Estado podrá establecer, mediante acuerdos con personas y entidades públicas y privadas, las condiciones para disfrutar de los beneficios crediticios.

Art. 68. 1. En el Presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística.

2. Si la obra pública hubiera de construirse y explotarse por particulares en virtud de concesión administrativa y sin la participación financiera del Estado, el 1 por 100 se aplicará sobre el presupuesto total para su ejecución.

3. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en los anteriores apartados las siguientes obras públicas:

a) Aquellas cuyo presupuesto total no exceda de cien millones de pesetas.

b) Las que afecten a la seguridad y defensa del Estado, así como a la seguridad de los servicios públicos.

4. Por vía reglamentaria se determinará el sistema de aplicación concreto de los fondos resultantes de la consignación del 1 por 100 a que se refiere este artículo..

Artículo 69. 1. En compensación a las cargas y limitaciones que en esta Ley se imponen a los titulares o poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, además de las exenciones fiscales previstas en las disposiciones reguladoras de la Contribución Territorial Urbana y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, se establecen los beneficios fiscales fijados en los artículos siguientes.

2. Para disfrutar de tales beneficios, salvo los establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 72, los bienes afectados deberán ser inscritos previamente en el Registro General que establece el artículo 11 en el caso de Bienes de Interés Cultural, en el Inventario General a que se refiere el artículo 35.4 en el caso de bienes muebles, o figurar en el Censo regulado por el artículo 53, todos de la presente Ley.

3. Asimismo, los citados bienes estarán exentos del pago de los restantes impuestos locales que graven la propiedad o se exijan por su disfrute o transmisión, sin que en este caso proceda la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en favor de las Entidades Locales interesadas.

Art. 70. 1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a una deducción sobre la cuota equivalente al 20 por 100 de las inversiones que realicen en la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes declarados de Interés Cultural, en las condiciones que por vía reglamentaria se señalen. El importe de la deducción en ningún caso podrá exceder del 30 por ciento de la base imponible.

2. Asimismo, los contribuyentes de dicho impuesto tendrán derecho a deducir de la cuota el 20 por 100 de las donaciones puras y simples que hicieren en bienes que formen parte del Patrimonio Histórico y Español siempre que se realicen en favor del Estado y demás entes públicos, así como las que se lleven a cabo en favor de establecimientos, instituciones, funda-

ciones o asociaciones, incluso las de hecho de carácter temporal, para arbitrar fondos, clasificadas o declaradas benéficas o de utilidad pública para los órganos competentes del Estado, cuyos cargos de Patronos, Representantes legales o Gestores de hecho sean gratuitos, y se rindan cuenta al Órgano del protectorado correspondiente. La base de esta deducción no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible.

Art. 71. 1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota líquida resultante de minorar la cuota íntegra en el importe de las deducciones por doble imposición y, en su caso, las bonificaciones a que se refiere el artículo 25 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, un porcentaje del importe de las cantidades que destinen a la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes declarados de interés cultural, en las condiciones que se señalen reglamentariamente.

2. En el Impuesto sobre Sociedades se considerarán partidas deducibles de los rendimientos íntegros obtenidos, a efectos de determinar las bases imponibles, las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, realizadas en las condiciones a que se refiere el artículo 70.2. La cuantía de la deducción no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible.

Art. 72. 1. Quedan exentas del pago del Impuesto sobre el Lujo las adquisiciones de obras de arte siempre que sus autores vivan en el momento de la transmisión.

2. Quedan exentas de todo tributo las importaciones de bienes muebles en las condiciones que fija el artículo 32.3 de la presente Ley y demás establecidas reglamentariamente.

Art. 73. El pago de la deuda tributaria del Impuesto sobre Sucesiones, del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas podrá realizarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, en la forma que reglamentariamente se determine.

Art. 74. Las valoraciones necesarias para la aplicación de las medidas de fomento que se establecen en el presente Título se efectuarán en todo caso por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación del Patrimonio Histórico Español, en los términos y conforme el procedimiento que se determine por vía reglamentaria.

TITULO IX

De las infracciones administrativas y sus sanciones

Art. 75. 1. Salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionados conforme a lo dispuesto en este artículo:

a) El incumplimiento por parte de los propietarios o de los titulares de

derechos reales o los poseedores de los bienes de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 26.2, 28, 35.3 y 4, 36.1 y 2, 38.1, 39, 44, 51, 52.1 y 3 y 53.2.

b) La retención ilícita o depósito indebido de documentos, según lo dispuesto en el artículo 54.1.

c) El otorgamiento de licencias para la realización de obras que no cumpla lo dispuesto en el artículo 24.

d) La realización de obras en Sitios Históricos o zonas Arqueológicas sin la autorización exigida por el artículo 23.

e) La realización de cualquier clase de obra o intervención en un Bien de Interés Cultural que contravenga lo dispuesto en los artículos 18, 19.3, 21 y 39.

f) La realización de excavaciones o prospecciones arqueológicas ilícitas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.

g) El derribo, desplazamiento o remoción de cualquier inmueble declarado Bien de Interés Cultural.

h) La exportación ilegal de los bienes a que hacen referencia los artículos 5.º y 56.1 de la presente Ley.

i) El incumplimiento de las condiciones de retorno fijadas para exportación temporal legalmente autorizada.

j) La exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico que contravenga lo dispuesto en el artículo 55.

2. Cuando la lesión al Patrimonio Histórico Español ocasionada por las infracciones a que se refiere el apartado anterior sea valorable económicamente, la infracción será sancionada con multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado.

3. En los demás casos se impondrán las siguientes sanciones:

A) Multa de hasta 10.000.000 de pesetas en los supuestos a), b) y c) del apartado 1.

B) Multa de hasta 25.000.000 de pesetas en los supuestos d), e) y f).

C) Multa de hasta 100.000.000 de pesetas en los supuestos g), h), i) y j).

Art. 76. 1. Las sanciones administrativas requerirán la tramitación de un expediente con audiencia del interesado, para fijar los hechos que las determinen, y serán proporcionales a la gravedad de los mismos, a las circunstancias personales del sancionado y al perjuicio causado o que pudieran haberse causado al Patrimonio Histórico Español.

2. Las multas que se impongan a distintos sujetos como consecuencia de una misma infracción tendrán carácter independiente entre sí.

Art. 77. Las multas de hasta 25.000.000 de pesetas serán impuestas por los organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Las de cuantía superior a 25.000.000 de pesetas serán impuestas por el Consejo de Ministros o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Art. 78. 1. Las infracciones administrativas contra lo dispuesto en esta Ley prescribirán a los cuatro años de haberse cometido.

2. En todo lo no previsto en el presente Título será de aplicación el Capítulo II del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Los bienes que con anterioridad hayan sido declarados Histórico-Artísticos o integrantes del Patrimonio del mismo modo calificado pasan a tener la consideración y a denominarse Bienes de Interés Cultural y quedan sometidos al régimen jurídico que la presente Ley establece. Las referencias hechas en la regulación anterior respecto al Patrimonio Histórico-Artístico Nacional y a los Bienes que del mismo forman parte se entenderán referidas al Patrimonio Histórico Español y a los Bienes de Interés Cultural.

Segunda.—Se consideran asimismo de Interés Cultural y quedan sometidos al régimen previsto en la presente Ley los bienes a que se contraen los Derechos de 22 de abril de 1949, 571/1963 y 499/1973.

Tercera. 1. Las funciones y documentos propios del Catálogo y del Inventario del Patrimonio Histórico-Artístico se incorporarán al Inventario General de Bienes del Patrimonio Histórico Español a que se refiere el artículo 35.4 de la presente Ley.

2. Asimismo, las funciones y documentos propios del Censo-Guía de Archivos y del Registro-Inventario del Tesoro Documental y Bibliográfico se incorporarán al Censo del Patrimonio Documental y Bibliográfico que se establece en el artículo 53 de la presente Ley.

3. Por la Dirección General de Bellas Artes y Archivos se procederá a la integración del Catálogo, Inventario, Censo-Guía y Registro-Inventario a que se refieren dos apartados precedentes en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

Cuarta. La exigencia a que se refiere el artículo 71.2 en relación con el artículo 32 de la presente Ley obligará igualmente a los titulares de los bienes señalados en el artículo 6 j) de la Ley 50/77, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, para beneficiarse de la exención que en el mismo prevé. La misma exigencia se incorpora a las establecidas en el Real Decreto 1382/1978, de 2 de junio, en que la referencia al Inventario contenida en su artículo 2.º queda suprimida.

Quinta. Quedan sujetos a cuanto se dispone en esta Ley cuantos bienes muebles e inmuebles formen parte del Patrimonio Nacional y puedan incluirse en el ámbito de su artículo primero sin perjuicio de su afectación y régimen jurídico propio.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. En tanto se elaboran las normas precisas para el desarrollo y aplicación de la presente Ley, se entenderán vigentes las de rango reglamentario que regulan el Patrimonio Histórico-Artístico Español, el Tesoro Documental y Bibliográfico, los Archivos, Bibliotecas y Museos, en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en la misma.

Segunda. En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Cultura, dictará el Reglamento de Organización, funcionamiento y personal de los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal, así como de los Servicios Técnicos o docentes relacionados con ellos o con las actividades que competen a la Administración del Estado en la protección del Patrimonio Histórico Español.

Tercera. Dispondrán del plazo de un año para el cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los artículos 26 y 51 de la presente Ley quienes, a la entrada en vigor de la misma, fuesen propietarios, poseedores o tenedores de alguno de los bienes a que tales artículos se refieren. El cumplimiento de tales obligaciones determinará la exención, en relación a tales bienes, de cualesquiera impuestos o gravámenes no satisfechos con anterioridad, así como de toda responsabilidad, frente a la Hacienda Pública, por sanciones, recargos e intereses de demora.

Cuarta. El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Cultura, desarrollará, por vía reglamentaria, las condiciones para la exención a que se refiere la anterior disposición transitoria.

DISPOSICION FINAL

1. Se autoriza al Gobierno para dictar, además de las disposiciones reglamentarias expresamente previstas en la presente Ley, las que sean precisas para su cumplimiento.

2. El Gobierno queda, asimismo, autorizado para proceder por vía reglamentaria a la actualización de la cuantía de las multas que se fijan en el artículo 75 de la presente Ley, sin que los porcentajes de los incrementos que por tal vía se establezcan puedan ser superiores, en ningún caso, al Índice Oficial del Coste de la Vida.

3. La Ley de Presupuestos Generales del Estado determinará anualmente las fórmulas de actualización de la base imponible y de los tipos de gravamen de la tasa por exportación a que se refiere el artículo 30.

4. Se autoriza también al Gobierno para que, a iniciativa del Ministerio de Cultura y a propuesta del Ministerio del Interior, disponga la creación en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de un Grupo de Investigación formado por personal especializado en las materias que son objeto de la presente Ley y destinado a perseguir sus infracciones.

DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogados la Ley de 7 de julio de 1911 sobre Excavaciones Arqueológicas; el Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 sobre Protección, Conservación y Acrecentamiento de la Riqueza Artística; la Ley de 10 de diciembre de 1931 sobre enajenación de bienes artísticos arqueológicos e históricos de más de cien años de antigüedad; la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre de-

fensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Artístico; la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre Conservación del Patrimonio Histórico Artístico; el Decreto 1641/1959, de 23 de septiembre, sobre exportación de objetos de valor e interés arqueológico o artístico y de limitaciones o copias y la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, salvo las disposiciones relativas al Centro Nacional del Tesoro Documental y Bibliográfico, las cuales, no obstante, tendrán en adelante rango reglamentario y el Real Decreto 2.832/1978, de 28 de octubre, sobre el 1 por ciento cultural.

2. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Convención sobre prevención y castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos. («B.O.C.», de 15 marzo 1984; Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, núm. 99-I.)

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento, el envío a la Comisión de Asuntos Exteriores y la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, hecha en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, el cual ha sido remitido por el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución, a efectos de que las Cortes Generales otorguen la autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 2 de abril para presentar propuestas, que tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad o de enmiendas al articulado conforme al articulado 156 del Reglamento a la citada Convención, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 7 de marzo de 1984.—P. D. El Secretario General del Congreso de los Diputados.—Luis María Cazorla Prieto.

CONVENCION SOBRE LA PREVENCION Y EL CASTIGO DE DELITOS CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMATICOS

Los Estados partes en la presente Convención.

Teniendo en cuenta los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz internacional y al fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.

Considerando que los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas al poner en peligro la seguridad de esas personas crean una seria amenaza para el mantenimiento de relaciones internacionales normales, que son necesarias para la cooperación entre los Estados,

Estimando que la comisión de esos delitos es motivo de grave preocupación para la comunidad internacional,

Convencidos de que existe una necesidad urgente de adoptar medidas apropiadas y eficaces para la prevención y el castigo de esos delitos.

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1.º Para los efectos de la presente Convención: 1. Se entiende por «persona internacionalmente protegida»:

a) Un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe de Estado un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona en encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen.

b) Cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa.

2. Se entiende por «presunto culpable» la persona respecto de quien existan suficientes elementos de prueba para determinar «prima facie» que ha cometido o participado en uno o más de los delitos previstos en el artículo 2.º.

Art. 2.º 1. Serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:

a) La comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida.

b) La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad.

c) La amenaza de cometer tal atentado.

d) La tentativa de cometer tal atentado, y

e) La complicidad en tal atentado.

2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados partes, en virtud del derecho internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida.

Art. 3.º 1. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2.º en los siguientes casos:

a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado.

b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado.

c) Cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida, según se define en el artículo 1.º y que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado.

2. Asimismo, cada parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que dicho Estado no conceda su extradición conforme al artículo 8.º a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.

Art. 4.º Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2.º, en particular:

a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio.

b) Intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según convenga, para impedir que se cometan esos delitos.

Art. 5.º 1. El Estado parte en el que haya tenido lugar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 2.º, cuando tenga razones para creer que el presunto culpable ha huido de su territorio, deberá comunicar a los demás Estados interesados, directamente o a través del Secretario General de las Naciones Unidas, todos los hechos pertinentes relativos al delito cometido y todos los datos de que disponga acerca de la identidad del presunto culpable.

2. Cuando se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida cualquiera de los delitos previstos en el artículo 2.º, todo Estado parte que disponga de información acerca de la víctima y las circunstancias del delito se esforzará por proporcionarla en las condiciones previstas por su legislación interna, en forma completa y oportuna, al Estado parte en cuyo nombre esa persona ejercía sus funciones.

Art. 6.º 1. Si considera que las circunstancias lo justifican, el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable adoptará las medidas adecuadas conforme a su legislación interna para asegurar su presencia a los fines de su proceso o extradición. Tales medidas serán notificadas sin demora, directamente a través del Secretario General de las Naciones Unidas:

a) Al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito;

b) Al Estado o los Estados de que sea nacional el presunto culpable o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio resida permanentemente;

c) Al Estado o los Estados de que sea nacional la persona internacionalmente protegida de que se trate o en cuyo nombre ejercía sus funciones;

d) A todos los demás Estados interesados, y

e) A la organización intergubernamental de la que sea funcionario, per-

sonalidad oficial o agente, la persona internacionalmente protegida de que se trate.

2. Toda persona respecto de la cual se adopten las medidas mencionadas en el párrafo 1 de este artículo tendrá derecho:

a) A ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado del que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos o, si se trata de una persona apátrida, del Estado que la misma solicite y que esté dispuesto a proteger sus derechos, y

b) A ser visitada por un representante de ese Estado.

Art. 7.º El Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable, de no proceder a su extradición, someterá el asunto, sin ninguna excepción ni demora justificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado.

Art. 8.º 1. En la medida en que los delitos previstos en el artículo 2.º no estén enumerados entre los casos de extradición en tratados de extradición vigentes entre los Estados partes, se considerarán incluidos como tales en esos tratados. Los Estados partes se comprometen a incluir esos delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en lo sucesivo.

2. Si un Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe una demanda de extradición de otro Estado parte con el que no tiene tratado de extradición podrá, si decide concederla, considerar la presente convención como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos. La extradición estará sujeta a las disposiciones de procedimiento y a las demás condiciones de la legislación del Estado requerido.

3. Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán esos delitos como casos de extradición entre ellos con sujeción a las disposiciones de procedimiento y a las demás condiciones de la legislación del Estado requerido.

4. A los fines de la extradición entre Estados partes, se considerarán que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 3.º.

Art. 9.º Toda persona respecto de la cual se sustancie un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2.º gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento.

Art. 10. 1. Los Estados partes se prestarán la mayor ayuda posible en lo que respecta a todo procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 2.º, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no afectarán a las obligaciones de ayuda judicial mutua estipuladas en cualquier otro tratado.

Art. 11. El Estado parte en el que se entable una acción penal contra el presunto culpable del delito comunicará el resultado final de esa acción al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá la información a los demás Estados partes.

Art. 12. Las disposiciones de esta Convención no afectarán a la aplicación de los Tratados sobre Asilo, vigentes en la fecha de la adopción de esta Convención, en lo que concierne a los Estados que son partes de esos Tratados; pero un Estado parte de esta Convención no podrá invocar esos Tratados con respecto de otro Estado parte de esta Convención que no es parte de esos Tratados.

Art. 13. 1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados partes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento notificándole al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 14. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados hasta el 31 de diciembre de 1974, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Art. 15. La presente Convención estará sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16. La presente Convención estará abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 17. 1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después del depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que dicho Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 18. 1. Todo Estado parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas reciba la notificación.

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados, entre otras cosas:

a) Las firmas de la presente Convención y el depósito de instrumentos de ratificación o adhesión de conformidad con los artículos 14, 15 y 16, y las notificaciones hechas en virtud del artículo 18.

b) La fecha en que la presente Convención entre en vigor de conformidad con el artículo 17.

Art. 20. El original de la presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien enviará copias certificadas de él a todos los Estados.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención, abierta a la firma en Nueva York el 14 de diciembre de 1973.

CONVENCION SOBRE LA PREVENCION Y EL CASTIGO DE DELITOS
CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE
LOS AGENTES DIPLOMATICOS (Nueva York, 14-2-1973)

ESTADOS PARTES

Alemania, Rep. Fed. de.	25 enero 1977 (R)
Argentina	18 marzo 1982 (Ad.)
Australia	20 junio 1977 (R)
Austria	3 agosto 1977 (Ad.)
Barbados	26 octubre 1979 (Ad.)
Bulgaria	18 julio 1974 (R)
Burundi	17 diciembre 1980 (Ad.)
Canadá	4 agosto 1976 (R)
Costa Rica	2 noviembre 1977 (Ad.)
Checoslovaquia	30 junio 1975 (R)
Chile	21 enero 1977 (Ad.)
Chipre	24 diciembre 1975 (Ad.)
Dinamarca	1 julio 1975 (R)
Ecuador	12 marzo 1975 (Ad.)
El Salvador	8 agosto 1980 (Ad.)
Estados Unidos	26 octubre 1976 (R)

Filipinas	26 noviembre 1976 (Ad.)
Finlandia	31 octubre 1978 (R)
Gabón	14 octubre 1981 (Ad.)
Ghana	25 abril 1975 (Ad.)
Guatemala	18 enero 1983 (R)
Haití	25 agosto 1980 (Ad.)
Hungría	26 marzo 1975 (R)
India	11 abril 1978 (Ad.)
Irán	12 julio 1978 (Ad.)
Irak	28 febrero 1978 (Ad.)
Islandia	2 agosto 1977 (R)
Israel	31 julio 1980 (Ad.)
Jamaica	21 septiembre 1978 (Ad.)
Liberia	30 septiembre 1975 (Ad.)
Malawi	14 marzo 1977 (Ad.)
México	22 abril 1980 (Ad.)
Mongolia	8 agosto 1975 (R)
Nicaragua	10 marzo 1975 (R)
Noruega	28 abril 1980 (R)
Pakistán	29 marzo 1976 (Ad.)
Panamá	17 junio 1980 (Ad.)
Paraguay	24 noviembre 1975 (R)
Perú	25 abril 1978 (Ad.)
Polonia	14 diciembre 1982 (R)
Reino Unido	2 mayo 1979 (R)
República de Corea	25 mayo 1983 (Ad.)
Rep. Dem. Alemana	30 noviembre 1976 (R)
República Dominicana	8 julio 1977 (Ad.)
Rep. Pop. Dem. de Corea	1 diciembre 1982 (Ad.)
Rep. S. S. de Bielorrusia	5 febrero 1976 (R)
Rep. S. S. de Ucrania	20 enero 1976 (R)
Rumania	15 agosto 1978 (R)
Rwanda	29 noviembre 1977 (R)
Seichelles	29 mayo 1980 (Ad.)
Suecia	1 julio 1975 (R)
Togo	30 diciembre 1980 (Ad.)
Trinidad y Tobago	15 junio 1979 (Ad.)
Túnez	21 enero 1977 (R)
Turquía	11 junio 1981 (Ad.)
URSS	15 enero 1976 (R)
Uruguay	13 junio 1978 (Ad.)
Yugoslavia	29 diciembre 1976 (R)
Zaire	25 julio 1977 (Ad.)

DECLARACIONES formuladas por el Gobierno español en el momento de la firma del Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas. («B.O.C.» de 14 junio 1984, Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, núm. 126-I.)

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha acordado remitir a la Comisión de Asuntos Exteriores y publicar en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el texto autenticado de las declaraciones formuladas por el Gobierno español en el momento de la firma del Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas.

En ejecución de dicho acuerdo se ordena su publicación de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 6 de junio de 1984.—P. D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, *Luis María Cazorla Prieto*.

DECLARACIONES FORMULADAS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL EN EL MOMENTO DE LA FIRMA DEL CONVENIO EUROPEO RELATIVO AL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS (HECHO EN ESTRASBURGO EL 21 DE MARZO DE 1983)

Al artículo 3.3

España indica que excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9.1 b), en sus relaciones con las otras partes.

Al artículo 3.4

En lo que concierne al presente Convenio, España considerará como nacionales las personas que gocen de esta calidad en virtud de las normas del Título I del Libro I del Código Civil español.

Al artículo 16.7

A los efectos del artículo 16.7, España exige que se le notifique cualquier tránsito de un condenado en vuelo sobre su territorio.

Al artículo 17.3

España requiere que las demandas de traslado y los documentos que las fundamentan sean acompañados de una traducción en lengua española.

PROTOCOLO adicional al Convenio Europeo de Extradición, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975. («B.O.C.» de 31 julio 1984, Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, número 138-I.)

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento, el envío a la Comisión de Asuntos Exteriores y la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición.

hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975, el cual ha sido remitido por el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución, a efectos de que las Cortes Generales otorguen la autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles, que expira el 18 de septiembre, para presentar propuestas, que tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad o de enmiendas al articulado conforme al artículo 156 del Reglamento, al citado Protocolo, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 27 de julio de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, *Luis María Cazorla Prieto*.

PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICION

Estrasburgo, 15-10-1975.

Consejo de Europa, Estrasburgo.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo,

Visto las disposiciones del Convenio Europeo de Extradición abierto a la firma en París del 13 de diciembre de 1957 (a continuación denominado «el Convenio»), concretamente los artículos 3 y 9 del mismo;

Considerando que es conveniente completar dichos artículos con el fin de que resulte más eficaz la protección de la comunidad humana y de los individuos,

Convienen en lo siguiente:

TITULO I

Art. 1. Para la aplicación del artículo 3 del Convenio, no se considerará que son delitos políticos:

a) Los crímenes contra la humanidad previstos por el Convenio para la Prevención y Penalización del Crimen de Genocidio adoptado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

b) Las infracciones previstas en los artículos 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, y 147 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

c) Cualesquiera violaciones análogas de las Leyes de la guerra en vigor cuando empiece a aplicarse el presente Protocolo y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas por las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra.

TITULO II

Art. 2. El artículo 9 del Convenio se completará con el texto que figura a continuación y el artículo 9 original del Convenio constituirá el párrafo 1 y las disposiciones que sigan los párrafos 2, 3 y 4:

«2. La extradición de un individuo sobre el que haya recaído sentencia firme en un tercer Estado, Parte Contratante del Convenio, por el delito o los delitos por razón de los cuales se haya presentado la solicitud, no se concederá:

- a) Cuando dicha sentencia sea absolutoria.
- b) Cuando la pena privativa de libertad o la otra medida impuesta:
 - i) se haya cumplido íntegramente;
 - ii) Hubiere sido objeto de una gracia o de una amnistía sobre la totalidad o sobre la parte no cumplida.
- c) Cuando el juez hubiere constatado la culpabilidad del autor del delito sin imponer sanción alguna.

3. Sin embargo, en los casos previstos en el párrafo 2, podrá concederse la extradición:

- a) Si el delito que hubiere dado lugar a la sentencia se hubiere cometido contra una persona, una institución o un bien que tenga carácter público en el Estado requirente.
- b) Si la persona sobre la cual recayere la sentencia tuviera ella misma un carácter público en el Estado requirente.
- c) Si el delito que hubiere dado lugar a la sentencia se hubiere cometido, en su totalidad o en parte, en el territorio del Estado requirente o en un lugar asimilado a su territorio.

4. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 no serán obstáculos para la aplicación de disposiciones nacionales más amplias relativas al efecto «ne bis in idem» inherente a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero».

TITULO III

Art. 3. 1. El presente Protocolo quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio. Será objeto de ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

2. El Protocolo entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

3. Entrará en vigor —para cualquier Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe ulteriormente— noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

4. Ningún Estado miembro del Consejo de Europa podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio anterior o simultáneamente.

Art. 4. 1. Cualquier Estado que se haya adherido al Convenio podrá adherirse al presente Protocolo después de la entrada en vigor de éste.

2. La adhesión se llevará a cabo mediante el depósito, en poder del Secretario General del Consejo de Europa, de un instrumento de adhesión que tendrá efecto noventa días después de la fecha de su depósito.

Art. 5. 1. Cualquier Estado —en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, o aprobación, o adhesión, podrá designar el territorio o los territorios a los cuales se aplique el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado —en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier otro momento posterior— podrá ampliar la aplicación del presente Protocolo mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración cuyas relaciones internacionales asuma o en cuya representación esté facultado para estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, en las condiciones previstas en el artículo 8 del presente Protocolo.

Art. 6. 1. Cualquier Estado —en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión— podrá declarar que no acepta uno u otro de los Títulos I o II.

2. Cualquier Parte Contratante podrá retirar una declaración que haya formulado en virtud del párrafo anterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa y que tendrá efecto el día de la fecha de su recepción.

3. No se admitirá reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo.

Art. 7. El Comité Europeo para los problemas Criminales del Consejo de Europa seguirá la ejecución del presente Protocolo y facilitará cuando sea necesario la solución amistosa de cualquier dificultad que se origine al ejecutar el Protocolo.

Art. 8. 1. Cualquier Parte Contratante podrá, en lo que a ella respecta, denunciar el presente Protocolo dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha de la recepción de la notificación por el Secretario General.

3. La denuncia del Convenio implicará automáticamente la denuncia del presente Protocolo.

Art. 9. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al Convenio:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo con arreglo a su artículo 3.
- d) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 5 y cualquier retirada de tal declaración.
- e) Cualquier declaración formulada en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6.
- f) La retirada de cualquier declaración efectuada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6.
- g) Cualquier notificación recibida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 y la fecha en que tenga efecto la denuncia.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un ejemplar único que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá una copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados signatarios y adheridos.

PROTOCOLO adicional, de 17 de marzo de 1978, al Convenio Europeo de Extradición. («B.O.C.» de 31 julio 1984; Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, núm. 139-I.)

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento, el envío a la Comisión de Asuntos Exteriores y la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978, el cual ha sido remitido por el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución, a efectos de que las Cortes Generales otorguen la autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 18 de septiembre para presentar propuestas, que tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad o de enmiendas al articulado conforme al artículo 156 del Reglamento, al citado Protocolo, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 27 de julio de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, *Luis María Cazorla Prieto*.

SEGUNDO PROTOCOLO ADICIONAL
AL CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICION
ESTRASBURGO, 17-3-1978

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo,

Queriendo facilitar la aplicación en materia de infracciones fiscales del Convenio Europeo de Extradición abierto a la firma en París el 13 de diciembre de 1957 (a continuación denominado «el Convenio»);

Considerando, asimismo, que es conveniente completar el Convenio en algunos otros puntos,

Conviene en lo siguiente:

TITULO II

Art. 1. El párrafo 2 del artículo 2 del Convenio se completará con la disposición siguiente:

«Dicha facultad se aplicará, asimismo, a los delitos por los cuales solamente se pueda imponer una sanción de naturaleza pecuniaria.»

TITULO II

Art. 2. El artículo 5 del Convenio se sustituirá por las disposiciones siguientes:

«Delitos fiscales

1. En materia de Tasas e Impuestos de Aduana y de Cambio, la extradición se concederá entre las Partes Contratantes, con arreglo a las disposiciones del Convenio, por los hechos que correspondan, según la ley de la Parte requerida, a un delito de la misma naturaleza.

2. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos y tasas, de aduana y de cambio, que la legislación de la Parte requiriente.»

TITULO III

Art. 3. El Convenio se completará con las disposiciones siguientes:

«Sentencias en rebeldía

1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el procedimiento que dio lugar a la sentencia no respetó los dere-

chos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimare suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo procedimiento que salvaguarde los derechos de la defensa. Dicha decisión autorizará a la Parte requirente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiese a ello, bien en caso contrario a entablar un procedimiento contra la persona objeto de extradición.

2. Cuando la Parte requerida comunicare a la persona cuya extradición se solicite la resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requirente no considerará esta comunicación como una notificación que produzca efectos con respecto al procedimiento penal en dicho Estado.»

TITULO IV

Art. 4. El Convenio se completará con las disposiciones siguientes:

«Amnistía

No se concederá la extradición por un delito objeto de una amnistía en el Estado requerido si éste tuviera competencia para perseguir dicho delito con arreglo a su propia ley penal.»

TITULO V

Art. 5. El párrafo 1 del artículo 12 del Convenio se sustituirá por las disposiciones siguientes:

«La solicitud se formulará por escrito y se dirigirá por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida; sin embargo, no se excluirá la vía diplomática. Podrá convenirse otra vía mediante acuerdo directo entre dos o más Partes.»

TITULO IV

Art. 6. 1. El presente Protocolo quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio. Se someterá a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

2. El Protocolo entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

3. Entrará en vigor —para cualquier Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe ulteriormente— noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

4. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio simultánea o anteriormente.

Art. 7. 1. Cualquier Estado que se haya adherido al Convenio podrá adherirse al presente Protocolo después de la entrada en vigor de éste.

2. La adhesión se llevará a cabo mediante el depósito en poder del Secretario General del Consejo de Europa de un instrumento de adhesión que tendrá efecto noventa días después de la fecha de su depósito.

Art. 8. 1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, designar el territorio o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado podrá —en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, o en cualquier otro momento ulterior— ampliar la aplicación del presente Protocolo, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración cuyas relaciones internacionales asuma o en cuya representación esté facultado para estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá retirarse, en lo que respecta, a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General del Consejo de Europa.

Art. 9. 1. Las reservas formuladas por un Estado relativas a una disposición del Convenio se aplicarán asimismo al presente Protocolo, a menos que dicho Estado exprese su intención contraria en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.

2. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, declarar que se reserva el derecho a:

- a) No aceptar el Título I;
- b) No aceptar el Título II, o aceptarlo únicamente en lo que respecta a determinados delitos o categorías de delitos a que se refiere el artículo 2;
- c) No aceptar el Título III, o aceptar únicamente el párrafo 1 del artículo 3;
- d) No aceptar el Título IV;
- e) No aceptar el Título V.

3. Cualquier Parte contratante que haya formulado una reserva en virtud del párrafo anterior podrá retirarla mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, la cual tendrá efecto el día de la fecha de su recepción.

4. Una Parte Contratante que haya aplicado al presente Protocolo una reserva formulada con respecto a una disposición del Convenio o que haya formulado una reserva con respecto a una disposición del presente Protocolo no podrá pretender que aplique dicha disposición otra Parte

Contratante; podrá pretender, sin embargo, si la reserva es parcial o condicional, que se aplique dicha disposición en la medida en que la haya aceptado.

5. No se admitirá ninguna otra reserva a las disposiciones del presente Protocolo.

Art. 10. El Comité Europeo para los Problemas Penales del Consejo de Europa seguirá la ejecución del presente Protocolo y facilitará cuando sea necesario la solución amistosa de cualquier dificultad que se origine al ejecutar el Protocolo.

Art. 11. 1. Cualquier Parte Contratante podrá, en lo que a ella respecta, denunciar el presente Protocolo dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

3. La denuncia del Convenio implicará automáticamente la denuncia del presente Protocolo.

Art. 12. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al Convenio:

- a) Cualquier firma del presente Protocolo;
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión;
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo con arreglo a sus artículos 6 y 7;
- d) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 8;
- e) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9;
- f) Cualquier reserva formulada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 9;
- g) La retirada de cualquier reserva llevada a cabo en aplicación de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 9;
- h) Cualquier notificación recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 11 y la fecha en que la denuncia tendrá efecto.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un ejemplar único que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados signatarios y adheridos.

Protocolo número 6, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte. («B. O. C.» de 19 mayo 1984; Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, núm. 118-I.)

La Mesa de la Cámara, en su reunión del día de hoy, ha acordado, de conformidad con lo dispuesto en el vigente Reglamento, el envío a la Comisión de Asuntos Exteriores y la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales del Protocolo número 6, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, el cual ha sido remitido por el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución, a efectos de que las Cortes Generales otorguen la autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado.

Los señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de quince días hábiles que expira el 6 de junio para presentar propuestas, que tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad o de enmiendas al articulado conforme al artículo 156 del Reglamento, al citado Protocolo, cuyo texto se inserta a continuación.

En ejecución de dicho acuerdo, se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 9 de mayo de 1984.—P. D., El Secretario General del Congreso de los Diputados, Luis María Cazorla Prieto.

PROTOCOLO NUMERO 6, AL CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, RELATIVO A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (a continuación denominado «el Convenio»),

Considerando que los desarrollos ocurridos en varios Estados miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte;

Conviene en lo siguiente:

Art. 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Art. 2. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de que se trate.

Art. 3. No se autorizará excepción alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando al artículo 15 del Convenio.

Art. 4. No se aceptará reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 54 del Convenio.

Art. 5. 1. Cualquier Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado podrá —en cualquier otro momento posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa— ampliar la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el día primero del mes siguiente a la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Cualquier declaración hecha en virtud de los dos párrafos anteriores podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada tendrá efecto el día primero del mes siguiente a la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 6. Los Estados Partes consideran los artículos 1 a 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio y se aplicarán consiguientemente todas las disposiciones del Convenio.

Art. 7. El presente Protocolo queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios del Convenio. Será objeto de ratificación, aceptación o aprobación. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio simultánea o anteriormente. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Art. 8. 1. El presente Protocolo entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha en que cinco Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo de conformidad con las disposiciones del artículo 7.

2. Para cualquier Estado miembro que manifieste ulteriormente su consentimiento de quedar vinculado por el Protocolo, éste entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Art. 9 El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo de conformidad con sus artículos 5 y 8.
- d) Cualquier otro acto, notificación o comunicación referente al presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá una copia del mismo certificado conforme a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado

INTERPRETACION DEL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

—Circular núm. 1/1984, de 4 de junio—

I

La Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, dio una nueva redacción al artículo 344 del Código penal. Su exposición de motivos expresa la causa de la reforma en el punto concreto del tráfico de estupefacientes: resultaba inaceptable la norma modificada por ser muy amplio el marco punitivo, confiado, además, al exclusivo arbitrio de los Tribunales, con lo que podía ponerse en peligro la seguridad jurídica; después agrega que como hay que dar respuesta diversa a lo que sea diferente, es preciso determinar las circunstancias en que la pena debe reducirse o exasperarse. Y, ciertamente en el nuevo texto la penalidad está en función de circunstancias diversas. El tipo básico valora sobre todo la naturaleza de la sustancia, en tanto que para la agravación de la penalidad se cuenta con índices nuevos, referentes unos a datos puramente objetivos, como son la cantidad de droga objeto de tráfico o el lugar en que se difundan, y otros, a cualidades subjetivas de quienes trafican (pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas o entre quiénes se distribuye, ya sea a título oneroso o gratuito (menores de edad).

En la Circular 2/1983, de 1 de julio, sobre medidas generales para la ejecución inmediata de la Ley 8/1983, se resaltaba la dificultad de deslindar —sobre todo cuando hubiere recaído sentencia firme— cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud y a las que no causan grave daño, porque realmente todas las enunciadas en el artículo 344 son perjudiciales para la salud pública que es el bien jurídico protegido; con criterio meramente indicativo se señalaba entonces que la heroína debe considerarse sustancia que causa grave daño y que el hachís carece de tal virtualidad.

Ahora procede el análisis del artículo 344, a fin de señalar el criterio a seguir en algunas cuestiones importantes, que al no estar resueltas de modo expreso en la ley, pueden originar interpretaciones diversas.

II

A) *Objeto material del delito: sustancias estupefacientes y psicotrópicas.*

El anterior texto del artículo 344 sólo sanciona de modo expreso el tráfico de *estupefacientes*, por lo que ante el Tribunal Supremo se planteó la posibilidad de que la norma se aplicara también a los *psicotrópicos*, pero con resultado siempre negativo, como se refleja en las Sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981, relativas a productos psicotrópicos (anfetaminas y barbitúricos), y de modo especial en la de 4-2-1984, cuando declara que los preparados farmacéuticos «Bustaid» y «Valium» no tienen el carácter de drogas estupefacientes al no figurar como tales en las listas anexas al Convenio Único de 1961, y aunque en el Convenio de Viena de 1971 aparecen incluidas algunas sustancias anfetamínicas y barbitúricos que el «Bustaid» contiene en pequeñas dosis, el tráfico ilegítimo de las mismas no constituyó delito hasta la Ley de 25 de junio de 1983, que incluye en el artículo 344 las sustancias psicotrópicas.

— *Estupefacientes.* Para concretar el giro legal de *estupefacientes* es indispensable acudir a los Convenios internacionales ratificados por España, y de modo especial a la Convención única de 1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra el 25-3-1972 y conforme al texto de 8 de agosto de 1975. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17 de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.º1, dispone que «a los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca». El párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la IV de las listas anexas al Convenio» y, a su vez, esta norma internacional expresa (art. 2.5.º) que «los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I».

Hay que entender, en definitiva, por estupefacientes a los fines del artículo 344, sólo las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 (Sentencias de 14-2-1974, 22-2-1974, 24-9-1974, 17-3-1975, 4-4-1975, 23-5-1975, 1-6-1975, 6-3-1975, 1-4-1977, 28-10-1978, 22-11-1978, 22-6-1981, 30-9-1981, 8-6-1981, 18-12-1981 y 22-3-1984, entre otras). En las listas I, II y IV están, aparte otras sustancias menos conocidas, la *cannabis* y sus resinas, hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína.

— *Psicotrópicos.* Sustancias psicotrópicas, según el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 —al que se adhirió España el 2 de marzo de 1973 y entró en vigor el 16 de agosto de 1976— son aquéllas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la fun-

ción motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (artículo 2.4.º.) De la propia literalidad del precepto y del contenido de las listas I, II y III anexas a este Convenio, se obtienen las especies típicas de drogas psicotrópicas. Entre ellas están enumeradas las que producen acción depresora o reductora de la conciencia (tranquilizantes o sedantes bajo la denominación de barbitúricos), las que ejercen acción estimulante sobre el sistema central produciendo sensación de energía y bienestar (*anfetaminas*) y los *alucinógenos* o ampliadores de la conciencia (ácido lisérgico, mescalina, psilocibina). El Real Decreto 2.829/1977, de 6 de octubre, regulador de las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos —desarrollado por las Ordenes de 11-1-1981 y 20-5-1983— da acogida como tales en su anexo a las mismas 32 sustancias enumeradas en el Convenio de Viena.

B) *Especial consideración del subtipo relativo a la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.*

En el párrafo primero del artículo 344 es acto típico la posesión con fin de tráfico, y el párrafo segundo aumenta la penalidad cuando fuere de notoria importancia «la cantidad poseída para traficar». De estos pasajes se desprende que la posesión cuya finalidad no sea el tráfico sino el propio consumo, es un hecho impune. Con ello la norma da acogida expresa a una doctrina jurisprudencial reiterada que data de muchos años atrás. Si en el plano legal estamos ante una innovación, para la práctica es una mera confirmación del *usus fori*.

Si la posesión abstracta de drogas no está integrada en el artículo 344, si lo estará la posesión en la que al ánimo de poseer deba añadirse el de transmitir lo poseído. La posesión como fin no engendra ilicitud. La posesión como medio es conducta antijurídica. Mas si la conducta del poseedor de estupefacientes no ha permitido todavía descubrir actos de tráfico, ¿como se pasará de la posesión impune a la posesión típica?, ¿cómo se completará el ánimo de transmitir cuando no ha mediado aún transmisión efectiva a terceros? Desde luego será necesario acudir a presunciones para obtener la voluntad real del poseedor. Distinguimos separadamente los supuestos de posesión como acto previo del propio consumo y posesión como acto que precede al tráfico.

a) *Posección de estupefacientes o psicotrópicos destinados al consumo propio.*

Antes incluso de la Ley de 15-11-1971, que introdujo en el artículo 344 el término de «tenencia», el Tribunal Supremo había sostenido que la posición de estupefacientes adquiridos para uso propio no constituye conducta inculparable penalmente, pues falta en ella el destino comercial (Sentencias de 13-2-1966, 29-11-1968, 25-2-1971, 11-8-1971 y 3-6-1972). Después de la Ley de 15-11-1971, decenas de sentencias han admitido invariablemente que es atípica la tenencia para ulterior utilización propia no seguida de actos de tráfico (Sentencias de 12-6-1974, 24-9-1974, 18-2-1975, 3-6-1975, 25-10-1975, 16-2-1976, 7-10-

1976, 15-11-1976, 15-12-1976, 17-1-1977, 4-2-1977, 9-3-1977, 26-3-1977, 10-5-1977, 21-10-1978, 22-11-1979, 18-2-1980, 23-4-1980, 10-5-1980, 10-6-1980, 20-11-1980, 26-5-1981, 28-9-1982, 23-10-1982, 2-11-1982, 3-12-1982, 7-12-1982, 21-1-1983, 24-1-1983, 1-2-1983, 8-2-1983; 15-2-1983, 16-3-1983, 10-5-1983, 1-12-1983, 31-1-1984, 16-3-1984). La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al toxicómano o verdadero drogadicto (Sentencias de 12-6-1974 y 20-6-1974); como dice la Sentencia de 15-2-1983 no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que aun iniciados no han adquirido el hábito de su consumo.

b) *Posesión de estupefacientes o psicotrópicos destinados al tráfico.*

Es preciso analizar dos tipos de conductas: la del consumidor-trafficante y la del simple poseedor-trafficante.

— Así como la posesión que antecede al autoconsumo es siempre un acto esencialmente atípico, la posesión por el consumidor con el fin de usar en parte la droga y en parte transmitirla es comportamiento que se inserta en el artículo 344, dando lugar a la figura del consumidor-trafficante o revededor, una de las formas más extendidas del tráfico en la actualidad. Si se han acreditado actos de tráfico en el drogadicto o habitual a la droga nada impide la inmediata aplicación de la ley penal, pero no realizados aún aquellos actos y ante la mera ocupación de estupefacientes, ¿cuándo la posesión de la droga por el consumidor se entenderá que parcialmente se destina al tráfico? El límite diferencial entre la posesión impune —sólo para consumir— y la posesión delictiva —también para traficar— se obtendrá normalmente a través de hechos concluyentes. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras muchas, las recientes Sentencias de 23-2-1984, 12-3-1984 y 20-3-1984), dado que el autoconsumo es atípico, la mera tenencia en principio también lo es, convirtiéndose en punible cuando esté destinada al tráfico, de modo que cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico, el propósito de difundir ha de deducirse del conjunto de circunstancias concurrentes (cantidad superior a la normal, la disposición de los estupefacientes, el lugar en que se encontraren, utensilios utilizados para la preparación, etc.). La cantidad intervenida es uno de los criterios a que deberá acudir preferentemente, ya que la tenencia de estupefacientes por drogadictos en cantidades módicas y adecuadas para el consumo propio, pueden ser calificadas como acciones preparatorias para el autoconsumo y por tanto atípicas e impunes (Sentencia de 21-12-1982). Luego las cantidades no módicas o prudenciales, ni exiguas serán indicativas de que al menos parte de la droga estaba destinada a terceros. Para aproximarse a las ideas de módicas o exiguas será preciso tener en cuenta la naturaleza de las sustancias poseídas.

— A la posesión de estupefacientes, cualquiera sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo (poseedor-trafficante) hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros (Sentencias de 26-9-1983, 21-10-1983, 26-12-1983,

2-1-1984, 24-2-1984, 16-3-1984), y no es preciso demostrar este ulterior propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico. La situación es opuesta a la derivada de la posesión del drogadicto: la tenencia de estupefacientes por persona que no va a consumir, es típica desde luego. Es declaración reiterada del Tribunal Supremo que la tenencia delictiva, o que requiera el ánimo de destinar las sustancias al tráfico, tiene una trayectoria distinta según las cualidades del poseedor; la ocupación de estupefacientes o psicotrópicos a un poseedor no consumidor conlleva una presunción *ex lege* de destino al tráfico que sólo puede ser destruida por la prueba en contrario del imputado que ha de demostrar que destinaba las drogas a su propio y exclusivo consumo (Sentencia de 7-12-1982), con lo que se opera una significativa inversión en la carga de la prueba (Sentencias de 15-3-1974, 5-12-1977, 30-12-1978), pues lo común en la vida real es que la posesión de drogas tienda a su disposición hacia otros (Sentencia de 23-5-1975).

C) *La donación de estupefacientes y psicotrópicos.*

La donación, mencionada de modo expreso como uno de los subtipos del tráfico de estupefacientes en el anterior artículo 344, no está incluida en el nuevo texto, con lo que puede cuestionarse si los actos de liberalidad están o no comprendidos en el tipo penal. En favor de que las disposiciones a título gratuito han dejado de constituir conducta típica, cierto sector doctrinal esgrime estos argumentos: el estrictamente literal de que el término *donación* no está en el núcleo descriptivo del artículo 344, y el técnico de que al concepto de actos de tráfico es de esencia la contraprestación, que en la donación no existe. La conclusión práctica de esta tesis sería ésta: la donación de una cantidad de drogas puede representar un acto de favorecimiento del consumo que no tiene como antecedente un acto de tráfico, precisamente porque éste lleva ínsito una actividad mercantil a la que es consustancial la idea de lucro, y ello falta en todas las clases de donación.

Sin embargo, la interpretación que precede no la juzgamos correcta.

— En primer lugar debe acudirse al Convenio Unico de 1961, que contiene un concepto de tráfico y una enumeración exhaustiva de los mismos que los países signatarios se comprometen a sancionar penalmente. De un lado, el artículo 1.1.L) establece que por tráfico ilícito se entiende el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente Convención; y de otro, conforme al artículo 36,1, a) las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que se consideren como delitos, entre otras, las conductas que consistan en la posesión, ofertas en general, ofertas de venta y distribución de estupefacientes; y el contenido del Convenio convertido en Ley interna e imperativa, por exigencias del artículo 96 de la Constitución, no puede ser derogado ni suspendido por otra ley interna, aunque sea de naturaleza penal y posterior al Convenio; pero con mayor razón si esa ley posterior no modifica explícitamente el contenido sustancial del Convenio y tal modificación pretende incluirse por vía tácita e interpretativa, pues, en todo caso, cualquier interpretación de la ley debe

tender a acomodarla a los términos del Convenio para cuyo cumplimiento se dicta y que constituye una norma vigente y básica.

— En el plano de la interpretación, entendemos que en el concepto de tráfico tienen cabida todos los actos de disposición, ya lo sean a título oneroso o gratuito. Introducir en la expresión legal «actos de tráfico» a la donación, no supone interpretación extensiva porque el giro *tráfico* no debe valorarse en el sentido estrictamente mercantil. Esta es la idea que está latente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si la Sentencia de 26 de mayo de 1979 declaró que el concepto de tráfico «no ha de entenderse en un sentido mercantil, sino vulgar», la de 7 de mayo de 1981 considera comprendido en ese concepto «todo el proceso que arranca del sector primario del cultivo hasta el último acto representado por la facilitación del uso de la droga». Las de 16 y 21 de enero de 1983, insisten en la no mercantilidad del concepto de tráfico, de suerte que se incluyen en él cualesquiera actos aislados de transmisión del producto y los casos —como los de transporte y tenencia— que no implican su comercialización. Más explícitas aún son otras sentencias posteriores a la Ley de 25 de junio de 1983. La de 1 de diciembre de 1983 dice que en el artículo 344 se entiende por tráfico «todo desplazamiento jurídico de la droga de una a otra persona»; la de 3 de diciembre de 1983, expresiva de que ha de entenderse la palabra tráfico «como sinónima de actos de difusión o facilitación a terceros de la droga tanto a título oneroso (venta o permuta) o gratuito (donación)». Y la de 21 de diciembre de 1983 cuando declara que «el tráfico de drogas es siempre punible cualquiera que sea la cantidad vendida, cedida o donada. De la anterior doctrina se extrae que nada se opone a considerar incluido los actos constitutivos de donación en el artículo 344, máxime si a ello conducen también los términos de la interpretación sistemática y teleológica, métodos de interpretación impuestos por el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, sistemáticamente el precepto habrá de conectarse con su antecedente y fuente o *ratio legis*, que es, como se apuntó, el cumplimiento de los términos imperativos del Convenio de 1961. Y desde el punto de vista del espíritu y finalidad de la norma, ésta pretende evitar la difusión de las sustancias prohibidas con actos que favorezcan su consumo ilegal con lo que al dejar impune los actos de liberalidad se estaría en oposición con el teleologismo del precepto.

Por lo demás, debe añadirse en favor de esta tesis otra argumentación del orden lógico sistemático. Y es la siguiente: que en el párrafo segundo del actual artículo 344 se configura como agravante el hecho de *difundir* los estupefacientes o psicotrópicos en determinados lugares o entre determinadas personas (entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimiento penitenciario); luego si la difusión en determinadas circunstancias es agravante exige la imposición de la pena superior en grado, esa misma difusión no puede situarse fuera del marco de la normal tipicidad.

En suma, dada la latitud del término legal *difundir* en él habrá que comprender la donación; gramaticalmente, porque equivale a dispersar, extender o propagar y a ellos no va necesariamente unido al lucro; y en un orden lógico porque *id quod plerumque accidit* (lo que normalmente sucede) la

iniciación en el consumo de las drogas lo es a través de actos de liberalidad y con otra interpretación quedarían fuera del artículo 344 las conductas más graves.

Para concluir este punto: si la donación está en el radio típico, la punibilidad abarcará sólo a una de las partes de la relación obligacional (donante) cuando la otra destina lo recibido al consumo propio; pero se extenderá también al donatario, si se acredita que el fin determinante de la aceptación fue transmitir a terceros todo o parte del objeto de la donación.

D) *La penalidad y elementos que influyen en ella.*

La pena del nuevo artículo 344 no presenta las oscilaciones del texto modificado, en el que un puro arbitrio judicial, proyectándose sobre tres distintas penas privativas de libertad, eventualmente podía afectar a los principios de legalidad y de determinación de la pena. Ahora la pena, de modo principal, está determinada por la naturaleza de las sustancias constitutivas del objeto material del delito: si se trata de sustancias que causen grave daño a la salud, prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, y en otro caso arresto mayor. El dato objetivo del *quantum* de lo poseído con fines de tráfico, así como el subjetivo de la pertenencia del inculcado a organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, forman un eje importante sobre el cual gravita la imposición de la pena superior en grado. Lo mismo sucede cuando los destinatarios de la droga ostentan determinada cualidad o se hallan en determinados lugares. Pero también influyen en la penalidad real del hecho circunstancias técnico-jurídicas, como pueden ser la naturaleza de delito de peligro abstracto para el definido en el artículo 344 —lo que impide la imposición de las sanciones correspondientes a grados imperfectos— o la coexistencia frecuente —en concurso de normas o en concurso ideal— con el delito de contrabando de estupefacientes, cuya pena tipo es siempre de prisión menor y multa (artículo 2.º de la Ley de 13 de julio 1982). A ello hay que añadir la existencia de especiales medidas que pueden afectar a las organizaciones dedicadas, directa o simuladamente, al tráfico de drogas y la gran extensión dada al comiso de efectos e instrumentos en el delito de contrabando de estupefacientes.

Los Estados que han suscrito los más importantes Convenios internacionales en materia de estupefacientes y psicotrópicos, no sólo se comprometieron a prohibir su producción y tráfico estableciendo sanciones administrativas, sino que se obligaron a adoptar las medidas necesarias para considerar tales actos «como delitos si se cometen intencionalmente, y a que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad» (artículos 36,1,a) del Convenio de 1961 y 22,1,a) del Convenio de 1971). La Ley de 15-11-1971 dio acogida a aquellos principios en el nuevo artículo 344, pero refiriéndolos sólo a la represión de estupefacientes. La Ley de 25-6-1983 incluye en el radio de la antijuricidad del artículo 344 a las sustancias psicotrópicas, y aunque modifica en algunos casos la penalidad para situarla en un grado inferior, se sitúa también en la letra y en el espíritu de los Convenios citados, sin

que en absoluto se haya mostrado tolerante con los autores del ilícito tráfico.

a) *Sustancias que causan grave daño a la salud y sustancias que no causan grave daño a la salud.*

Es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias. Si los actos de tráfico tienen por objeto «sustancias que causen grave daño a la salud la pena asignada es prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas; «en los demás casos» la pena procedente es arresto mayor. El artículo 344 no contiene especificación alguna, pero como declara la Sentencia de 12 de marzo de 1984, las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo y de las listas anexas al Convenio de 1961. Aun cuando en el anterior artículo 344 la pena era única y por tanto proporcionada a la calidad de la sustancia estupefaciente, es lo cierto que los Tribunales aplicaban el párrafo tercero para rebajar la pena en los supuestos de drogas cuyos efectos eran menos graves; así, el arbitrio en sentido positivo estaba determinado por la *calidad y condición* de las sustancias estupefacientes en su nocividad intrínseca (Sentencias de 4-4-1975, 1-4-1977, 13-3-1979, 6-11-1982), reputándose, por ejemplo, el «hachís» droga menos dañina y perniciosa a la salud humana que la heroína o el L.S.D., sustancias de muchos y más perjudiciales efectos (Sentencia de 13-6-1977).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del actual artículo 344 mantiene una línea uniforme cuando se trata de precisar los estupefacientes o psicotrópicos que deben incluirse en una u otra categoría.

Todos los derivados de la *cannabis* se han reputado sustancias cuyo consumo no causa un grave daño a la salud. Así el *hachís* está considerado como perjudicial para la salud sin grave daño, en las Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983, 10-11-1983, 16-11-1983, 21-11-1983, 30-11-1983, 2-12-1983, 3-12-1983, 2-1-1984, 16-1-1984, 17-1-1984, 18-1-1984, 24-1-1984, 26-1-1984, 31-1-1984, 6-2-1984, 11-2-1984, 20-2-1984, 23-2-1984, 9-3-1984, 12-3-1984, 13-3-1984, 20-3-1984, 28-3-1984. Lo mismo el *aceite de hachís* (Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983 y 20-2-1984), las *semillas de cannabis* (Sentencia de 24-1-1984) y las *plantas* (Sentencia de 3-12-1983).

Sin excepciones la *heroína* es considerada como sustancia que ocasiona grave daño a la salud (Sentencias de 29-10-1983, 15-12-1983, 26-12-1983, 23-2-1984, 24-2-1984, 5-3-1984 y 17-3-1984. Igual calificativo han merecido la *cocaína* (sentencias de 25-10-1983, 11-11-1983, 13-3-1984 y 23-3-1984) y el *ácido lisérgico* o L.S.D. (Sentencias de 5-10-1983 y 8-2-1984), porque ocasiona daños mentales e incluso genéticos a sus adictos (Sentencia de 20-12-1983).

b) *Las cantidades de notoria importancia.*

El *quantum* de la droga poseída no sólo es fundamental para originar actos impunes de tenencia y para construir un elemento del tipo (el ánimo de transmitir en el poseedor), sino que además actúa como circunstancia de

decisiva influencia en la penalidad, dado que el párrafo segundo del artículo 344 expresa que cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, se impondrán las penas superiores en grado. Así, en la posesión de estupefacientes o psicotrópicos podemos distinguir tres estadios: uno, de pequeña entidad desvolviéndose en él la presunción del acto impune de autoconsumo; otro, de grado normal, que conducirá a presumir un ulterior destino de lo poseído al tráfico, con la consiguiente tipicidad de la conducta; y un tercero de grado mayor con tipicidad cualificada, cuyo elemento a ponderar es la posesión de cantidades de «notoria importancia». A pesar de sus graves efectos penológicos esta especie de condición de mayor punibilidad carece de concreción en la norma. Y no es fácil en la práctica establecer límites objetivos inflexibles a partir de los cuales se deba producir el tránsito hacia la pena superior en grado. De nuevo entra en juego el arbitrio judicial, ahora no limitado por las circunstancias del culpable y del hecho, como en el párrafo tercero del derogado artículo 344, sino sólo por la notoria importancia de lo poseído, que equivale a la creación de un riesgo o peligro mayor. Desde luego esa pena superior ya no está condicionada por la naturaleza de la droga porque procede tanto para las sustancias que causen grave daño a la salud como para las demás. Por tanto el índice a tener en cuenta es fundamentalmente numérico. Dentro de él no habrá problemas para las grandes cantidades. Tampoco para las pequeñas. Pero, ¿cuándo comienza la cantidad típica de importancia notoria? Es claro que el número variará según la droga de que se trate. El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de plantearse estas cuestiones y ciertamente las sentencias son contradictorias. He aquí la trayectoria que ha seguido la jurisprudencia.

Relativamente al *hachís* no ha habido cuestión cuando se trataba de cantidades inferiores a 1.000 gramos; así, por ejemplo, se ha declarado que no es de notoria importancia para elevar la pena de posesión de 207 gramos (Sentencia de 20-9-1983), 420 gramos (Sentencia de 11-2-1984), 550 gramos (Sentencia de 13-3-1984) o el cultivo de 96 plantas de *cannabis sativa* (Sentencia de 3-12-1983), aun cuando tratándose de 898 gramos se haya dicho que esta cantidad «casi incide en la agravación de notoria importancia» (Sentencia de 12-3-1984), como si realmente los 1.000 gramos fueran para el hachís la cantidad límite entre una y otra penalidad. Pero ello no es así, porque en otras ocasiones se ha entendido que no concurre la notoria importancia en la posesión de 1.000 gramos (Sentencia de 17-1-1984), 1.050 gramos (Sentencia de 6-2-1984), 1.560 gramos (Sentencia de 31-1-1984) e incluso para 2.500 gramos se ha sostenido que «no parece en este caso la cantidad ocupada notoriamente excesiva» (Sentencia de 30-11-1983). Al contrario, en otras ocasiones cantidades como 1.241 gramos (Sentencia de 23-2-1984) y 1.350 gramos (Sentencia de 20-2-1984) se consideran de notoria importancia. En esta misma dirección se admite la notoria importancia para 2.000 gramos (Sentencias de 18-1-1894 y 26-1-1984), 2.100 gramos (Sentencia de 24-1-1984) y 2.500 gramos (Sentencia de 10-11-1983) u otras cantidades muy superiores, como 7.750 gramos (Sentencia de 13-2-1984).

Para la *heroína*, expresa o implícitamente, se ha dicho que es cantidad de notoria importancia 1.000 gramos (Sentencia de 17-3-1984), pero no lo es la posesión de 56 gramos (Sentencia de 5-3-1984), ni, por supuesto, otras cantidades muy inferiores (Sentencias de 11-11-1983, 15-12-1983 y 24-2-1984).

Y, en fin, en orden a la *cocaína* se ha declarado cantidad de notoria importancia la posesión de 835 gramos (Sentencia de 25-10-1983), pero no la de 36 gramos (Sentencia de 22-3-1984) ni la de 244 gramos (Sentencia de 13-3-1984).

En definitiva, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo puede llegarse a la conclusión de que la cantidad de notoria importancia será un número variable que está en relación directa con la naturaleza del estupefaciente o psicotrópico poseído. Para los productos extraídos de la *cannabis sativa*, la línea divisoria se sitúa en torno a los 1.000 gramos, según el criterio jurisprudencial, pero pensamos que el tratamiento no debe ser absolutamente uniforme, porque el consumo de preparaciones a base de resina pura (hachís o aceite de hachís) representa una peligrosidad potencial mucho mayor que el de los preparados formados por sumidades florales y hojas de la planta desecada (marihuana o griffa), con menor proporción de los principios activos. Con mayor razón para la *heroína* y la *cocaína* el elemento a tener en cuenta no será sólo la cantidad de lo poseído, sino también si el producto se presenta puro o está meclado con otras sustancias inertes, en cuyo caso la toxicidad es menos aguda por ser dosis menos ricas en drogas. Para el *ácido lisérgico* se tendrá en cuenta el número de dosis.

Desarrollando esta idea, es criterio de la Fiscalía General del Estado que —al menos por ahora— debe aceptarse como válida la separación que viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar la alternativa legal de sus sustancias causantes de grave daño-no causantes de grave daño; y que, en consecuencia, a la *cannabis* y todos sus derivados hay que tratarlos penalmente en su estructura típica de un modo unitario porque la sustancia activa es la misma aunque sea distinta su concentración. Sin embargo, no merecen esa misma acogida favorable los argumentos, de orden puramente cuantitativo, sobre la línea divisoria del término *cantidad de notoria importancia*. Para integrar de modo ajustado la estructura de esta agravante son necesarias especiales concreciones, y, al efecto, valorar la naturaleza de las sustancias estupefacientes.

En general, la cantidad de notoria importancia (acto típico cualificado) debe exceder no sólo de la cantidad cuya posesión hace presumir el autoconsumo (acto atípico), sino también superar a aquélla, mucho mayor, que justifica la presunción de actos normales de tráfico (acto típico). Si partiendo del consumo medio de un habitual a la droga y de la cantidad poseída en un momento determinado, se está en disposición de resolver con bastante aproximación sobre las presunciones atípicas (autoconsumo) y típicas (tráfico), para que surjan los hechos constitutivos de la agravante se tendrá presente no sólo el peso sino también, y de modo principal, la dosis que puedan extraerse.

El principio activo de la *cannabis sativa* es el tetrahidrocannabinol (T.H.C.), que se halla tanto en los preparados consistentes en hojas y flores desecadas de la planta (marihuana o griffa), como en los obtenidos de su resina (hachís) o mediante concentración de la planta o del hachís (aceite de hachís, hachís líquido). El principio alucinógeno (T.H.C.) es muy variable en las sustancias indicadas; mayor en el hachís y en el aceite de hachís que en la griffa; como esta última tiene una menor proporción de T.H.C., en cantidades semejantes

será mucho menos tóxica, por lo que se precisará una dosis muy superior para obtener efectos análogos al hachís y al aceite de hachís. Reducidos a números, aproximadamente la concentración de T.H.C. es la siguiente: la griffa tiene un contenido de tetrahidrocannabinol que oscila entre el 1 y el 4 por 100; el hachís entre el 5 y el 12 por 100 de T.H.C.; el aceite de hachís (verde oscuro) se sitúa en cifra superior al 25 por 100, alcanzando en ocasiones (aceite rojo) la proporción del 65 por 100.

Según recientes estudios farmacológicos, se estima que son dosis diarias normales del consumidor las que se expresan: griffa entre 15 y 20 gramos; hachís, 5 gramos y aceite de hachís 0,6 gramos. Si esto es así resulta claro que la expresión típica, cantidad de notoria importancia, no puede ser la misma para todos los productos obtenidos de la *cannabis*. Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúa la cantidad de notoria importancia en torno a los 1.000 gramos para el hachís, representativos de 200 dosis, tal cifra para el aceite de hachís se reduciría a 120 gramos y se elevaría a un mínimo de 3.000 gramos para la griffa. Estos módulos aparecen como meramente indicativos, pudiendo alterarse porque no siempre la *cannabis* y sus derivados tendrán la misma riqueza en T.H.C., por lo que según cuál sea el resultado de los informes periciales sobre el análisis de concentración, esos baremos podrán ampliarse o reducirse. En suma, para la integración del giro «cantidad de notoria importancia», que determina la imposición de la pena superior en grado, no hay que atender a cantidades fijas, sino que variarán según el grado de concentración del principio activo, e incluso para el mismo preparado oscilará el *quantum* si los análisis acreditan que el producto posee una mayor riqueza de T.H.C. que otros de la misma naturaleza.

Sobre la *heroína* cabe hacer análogas consideraciones. Es cierto que no todas las partidas son igualmente ricas en alcaloide; aquellas cuyo porcentaje de pureza llega al 85 por 100 son excepcionales y no son, ciertamente, las que de modo habitual se venden por los traficantes de los últimos escalones, aunque sí las que son objeto de tráfico más frecuente a niveles superiores. Normalmente sólo la mezclada o adulterada con sustancias inertes es la que llega al consumidor, mas entonces su pureza se halla entre el 3 y el 5 por 100 y las dosis más corrientes (*papelinas* en el argot) oscilan entre los 0,15 y los 0,50 gramos. El consumo, lógicamente, es también variable: el adicto más corriente precisa diariamente entre dos y cuatro dosis de 0,25 gramos. No cabe una aproximación más exacta. Con un gramo puro convenientemente adulterado o *cortado* pueden conseguirse hasta 12 dosis. Si para los alucinógenos, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha concluido antes que 200 dosis es cantidad de notoria importancia y la dosis *standard* o tipo es para la heroína de 0,25 gramos, 50 gramos adquirirán los caracteres de cantidad de notoria importancia. Y más aún si se piensa que, después de adulterados, en el tráfico callejero el valor en venta de 50 gramos puede representar cifras ponderadas en millones de pesetas.

De la cocaína, que se presenta bajo la forma de polvo blanco (nieve), los adictos suelen hacer varias tomas diarias, estando el consumo medio sobre 1,5 gramos, con lo que sobre 125 gramos de cocaína puede estar situada la cantidad de notoria importancia.

El L.S.D. (dietilamida del ácido lisérgico) se distribuye en dosis comprendidas entre los 20 y los 100 microgramos (un microgramo equivale a 0,000001 gramo), pudiendo ser suficiente 20 microgramos para producir efectos. Aquí deberá atenderse al número de dosis en la cuantía ya indicada para otros productos.

El tráfico de *sustancias psicotrópicas* (anfetaminas y barbitúricas) no se integraba en la tipicidad del anterior artículo 344 (Sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981), pues, como se apunta en la Sentencia de 4 de febrero de 1984, sólo adquiere tal carácter a partir de la vigencia de la Ley de 25 de junio de 1983. Antes de ella el tráfico de psicotrópicos era posible encajarlo en determinado estado peligroso (art. 2.8.º), dado que en él a la palabra estupefaciente se añadió la frase «o fármacos que produzcan análogos efectos», de contenido mucho más amplio. Pero si no tenían cabida en el artículo 344, en alguna ocasión el Tribunal Supremo (Sentencia de 29-5-1981), había dicho que la venta clandestina de barbitúricos no era ajena a los artículos 341 (venta, sin hallarse autorizado, de sustancias nocivas a la salud) o al 343 bis (exponer medicamentos sin cumplir las formalidades legales).

Como no todos los preparados farmacéuticos que contienen anfetaminas o barbitúricos pueden incluirse en el concepto normativo de psicotrópicos (no se incluyen los relacionados en el anexo 2 del Real Decreto 2.829, de 6 de octubre de 1977), en cada caso concreto habrá que justificar su inserción en las lista del anexo 1 de esta disposición que coincide con las del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. Y si, además, los productos psicotrópicos, ya se trate de tranquilizantes o sedantes (barbitúricos) o de psicoestimulantes (anfetaminas), no responden al mismo análisis químico ni poseen idéntica actividad tóxica, es claro que para precisar la cantidad de notoria importancia, aparte del número de dosis que representen las píldoras o tabletas o las unidades inyectables, habrá de ponderarse el porcentaje mayor o menor de sustancias psicotrópicas de que están compuestas.

En el cuadro adjunto, se refleja la dosificación para consumidores de distinto nivel, según el tipo de droga usada. En él se señala la periodicidad normal de utilización según las obras clásicas de farmacología, por lo que se refiere a las dosis terapéuticas y las publicaciones y comunicaciones de orientación contractual, por lo que hace a las dosis de abuso. La fuente de estos datos es la obra «Droga y fármacos de abuso», publicada en 1981, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

c) *La pertenencia a una organización que tenga como finalidad la difusión o tráfico de estupefacientes.*

Los actos individuales, aislados y ocasionales, no influyen de modo decisivo en las extraordinarias proporciones que está adquiriendo el consumo de estupefacientes y psicotrópicos. El tráfico de drogas con caracteres de verdadera gravedad es el que se desenvuelve en el seno de redes nacionales o internacionales de traficantes que forman estructuras organizadas. Por ello puede decirse que se trata de delitos con actuación y repercusión frecuentemente supranacional, para cuya efectividad es esencial una red organizativa con

sucesivos escalones de partícipes, agentes e intermediarios que materializan el tráfico efectivo.

El nuevo texto de la norma en examen, y siempre con la finalidad de fijar una penalidad más grave, tiene en cuenta la adscripción del culpable a una organización. La simple pertenencia a organizaciones nacionales o no cuya finalidad sea la difusión de estupefacientes, supone la imposición de la pena superior en grado. Pero para casos de extrema gravedad y tratándose de miembros cualificados de la organización (jefes, administradores, encargados) dedicada, aunque sólo sea parcialmente, a aquellos fines, procede además la adopción de graves medidas no propiamente penales (clausura definitiva de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión o prohibición temporal de sus actividades).

Como esas entidades normalmente lo serán de *facto* o clandestinas, para encuadrar una conducta en el tipo cualificado no es necesario justificar una adscripción formal de las personas a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, sino que bastará con que de los hechos se desprenda que están en relación con ellas, cualesquiera sea el cometido que se les tenga confiado.

En consecuencia, para atribuir a una determinada persona la condición de miembro o partícipe de las actividades de esas organizaciones, será necesario partir muchas veces de la presunción de pertenencia. En la búsqueda de la presunción, como hechos integradores de la misma o de que se poseen los estupefacientes *alieno nomine*, pueden, entre otros, mencionarse: la relación o contacto con otros para los que se acreditó la cualidad de partícipes, la cantidad y calidad de la droga ocupada (pues no es imaginable pensar, por ejemplo, que la posesión para el tráfico de heroína o cocaína sea producto de actos individuales y aislados) y también el dinero intervenido. En el círculo de esta agravante están incluidos, tanto los elementos de base que se hallen en los últimos reductos y que se dediquen a la distribución, como quiénes formen parte de los órganos de gestión; es importante diferenciar al simple miembro de una organización del miembro cualificado, porque en este último supuesto, aparte la mayor pena privativa de libertad, procede también una sanción para la organización de que se forma parte.

Pero la pertenencia a una organización no sólo atrae la agravante, sino que puede incidir sobre la competencia. El Real-Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, dispuso que es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Territoriales (art. 4.1.º.c), según redacción dada por la Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre). No hay cuestión cuando se trate de sustancias psicotrópicas distribuidas por personas en relación de pertenencia a una organización, pues tal tráfico será siempre ajeno a la competencia de la Audiencia Nacional, dado que, aunque se ha rectificado su competencia por la citada Ley Orgánica de 16 de noviembre de 1983, en ella no se ha incluido el tráfico de psicotrópicos elevado a categoría delictiva por el nuevo artículo 344. Pero sí puede haberla para el tráfico de estupefacientes. El elemento diferenciador será la incidencia territorial. Para que la Audiencia Nacional conozca de los hechos no bastará

con acreditar, directamente o a través de presunciones, la pertenencia a la organización; además, que sus efectos —la actividad o conducta de tráfico de los pertenecientes a la organización— se han desenvuelto en territorios de diversas Audiencias Territoriales; en cualquier caso, será competente el *iudex deprehensionis* (el del lugar del descubrimiento o la detención).

d) *Eliminación de las formas imperfectas.*

El tráfico de estupefacientes del artículo 344 presenta las características propias de los delitos de peligro abstracto, entre las que se hallan su consumación anticipada y la inexistencia de formas imperfectas de ejecución. Todos los actos iniciales de ejecución son ya consumativos, y si esta fase comienza con la actividad del primer acto exterior y el tráfico real o efectivo se sitúa más allá de la consumación, el delito está perfecto con la puesta en peligro del bien jurídico que protege.

Esta anticipación de la consumación significa además que no sean posibles formas imperfectas de ejecución. Todo comienzo de la conducta típica no se conforma con la tentativa ni con la frustración, sino siempre con la consumación. La jurisprudencia ha rechazado que sean posibles o tengan existencia legal las formas delictivas imperfectas que quedarán siempre absorbidas en la consumación. Según doctrina unánime del Tribunal Supremo, el delito del artículo 344 sólo admite las formas consumadas, porque adelanta y protege el bien jurídico objeto y razón de ser de su existencia, la salud pública, castigándose cualquier hecho que tienda a la realización del resultado previsto en el Código, pues se trata de un delito de peligro que imposibilita la toma en consideración de toda ejecución imperfecta (Sentencias de 17-12-1979, 19-6-1980, 13-11-1981, 17-6-1982, 22-10-1982, 2-12-1982, 3-5-1983, 13-10-1983, 21-10-1983, 26-1-1984, 22-3-1984).

e) *Posibilidad de extender la pena accesoria de comiso a los instrumentos empleados en el tráfico de estupefacientes.*

El comiso de los efectos del delito que define el artículo 344 no ofrece problemas, debiendo someterse al régimen previsto en el artículo 48 del Código penal para los efectos que no son de lícito comercio. En el orden internacional también se establece como sanción el comiso de los estupefacientes procedentes del tráfico ilícito (arts. 37 del Convenio de 1961 y 22.3.º del Convenio de Viena de 1971).

Otra cuestión es la del comiso de los *instrumentos* o medios materiales empleados en el delito de tráfico de estupefacientes. Una de las modalidades ejecutivas del tráfico es el transporte. Vehículos de todo tipo, yates lujosos, embarcaciones, lanchas rápidas, son utilizados para trasladar la droga de un lugar a otro dentro de nuestro territorio o para introducirla en España. Todos ellos son verdaderos instrumentos que contribuyen de forma esencial a la difusión de la droga, por lo que la solicitud que se haga por el Ministerio Fiscal sobre su pérdida definitiva y la del valor obtenido por su venta se acomoda al artículo 48 del Código penal. La sentencia del Tribu-

nal Supremo de 3-10-1981, sin establecer una doctrina general, alzó el comiso de un automóvil, acordado por el Tribunal *a quo*, en el que se transportaba *hachis* por entender que algunos actos típicos fueron realizados con independencia de la utilización de vehículo y que no fue empleado para la propia ejecución, sino para lograr el agotamiento y la huída del lugar en que se cometió. Con la legislación ahora en vigor, y al menos cuando el delito de tráfico de estupefacientes se halle en concurso con el delito de contrabando de estupefacientes, el Ministerio Fiscal deberá interesar la intervención de los instrumentos de referencia, en cuanto que el artículo 5, tercero, de la Ley de 13 de julio de 1982, establece que toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, siempre que el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria no resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto del contrabando.

f) *Penalidad derivada del concurso con el delito de contrabando de estupefacientes.*

Determinadas conductas cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes cuentan con una tipicidad doble. No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime aquel ilegal tráfico, puesto que el artículo 1.º de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, considera reos del delito de contrabando a los que, cualquiera sea su cuantía o valor, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaren operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos. Sus respectivos contenidos son, en parte, coincidentes, por lo que son posibles superposiciones cuando la posesión o el tráfico se refieran a sustancias estupefacientes. Pero si el artículo 344 comprende estupefacientes y psicotrópicos en el radio del delito de contrabando no están las sustancias psicotrópicas. Es evidente, pues, que ante los estupefacientes aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta y que estarán en situación de concurso. Cuando se trate de concurso de normas, atendido el artículo 68 del Código penal, los hechos habrán de calificarse como delitos contra la salud pública o como delito de contrabando de estupefacientes, prevaleciendo la norma que tenga asignada mayor sanción. Si concurren los supuestos del concurso ideal entrará en juego la penalidad del artículo 71 imponiéndose acumulativamente las penas previstas o sólo una de ellas en forma cualificada. En el artículo 344 se prevén penas distintas a las del artículo 2.º de la Ley de Contrabando. Aquél distingue según que la sustancia cause grave daño a la salud (prisión menor y multa) o no cause grave daño (arresto mayor), y que mediando circunstancias típicas pueden convertirse respectivamente en prisión mayor y prisión menor. En la legislación de contrabando es irrelevante la naturaleza de la droga y la cantidad objeto del delito para graduar la pena privativa de libertad, que es siempre la de prisión menor en los grados medio o máximo, que se impondrán en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio

de organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito. En definitiva, moviéndonos dentro del Código penal, y situados en la esfera de la pena superior, es posible la imposición de la pena de prisión mayor; en la Ley de Contrabando, la prisión menor en su grado máximo es la mayor pena. Sin embargo, en el plano de la pena inferior prevista para el Código penal es la de arresto mayor y para la Ley de Contrabando, la de prisión menor.

La adscripción de un determinado comportamiento a las situaciones concursales legalmente posibles no siempre será fácil. En la Consulta de esta Fiscalía 4/1983, de 1 de diciembre, se apuntaron las varias soluciones que son válidas para las sustancias estupefacientes y que, en síntesis, se concretan ahora del siguiente modo.

1. *Supuestos en que por tratarse de un concurso ideal será aplicable el artículo 71.*

— Concurrencia de importación ilegal de estupefacientes con la posesión o tráfico de estupefacientes. Como el delito de contrabando, al ser de mera actividad, se perfecciona con el incumplimiento de la obligación que establece la legislación aduanera (art. 1.1, tres y cuatro de la Ley de 13-7-1982 y artículo 1.1.1 del Real Decreto de 16 de febrero 1983), no son elementos del tipo los eventuales actos de tráfico posteriores, que tendrán, sin embargo, su encuadre en el artículo 344, por lo que si a la introducción clandestina se une la posesión o tráfico por el propio introductor o por quien se halle en relación directa con él, se habrán consumado dos delitos.

— Concurrencia de exportación ilegal de estupefacientes y tráfico de estupefacientes. Si es delito de contrabando la exportación, sin observar los requisitos establecidos, de sustancias producidas en nuestro territorio o introducidas en él ilegalmente, estará en concurso con el artículo 344 cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes a transportar sin autorización, pues ya habían mediado actos típicos de producción y posesión.

— Concurrencia de la obtención ilícita del despacho de estupefacientes o de las autorizaciones de exportación, importación o comercio, con el artículo 344. Se producirá a la vista del artículo 1.1, de la Ley de 13-7-1982, cuando a esa actividad formalmente ilegítima subsiga la posesión o el tráfico efectivo.

— El artículo 1.1, siete y ocho, de la Ley de Contrabando, comprende dos casos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través de transporte o transbordo de efectos estancados o prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitada a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

2 Supuestos en que por tratarse de un concurso de normas será de aplicación el artículo 68.

— Realización por el importador legítimo de actos posteriores de tráfico de estupefacientes ya sin autorización. Está previsto como delito de contrabando en el artículo 1,1, cuarto, y se extiende a la posesión o actos de comercio de quien fue importador autorizado, conducta esencialmente paralela a alguno de los subtipos del artículo 344.

— Actos de elaboración o creación de estupefacientes no autorizados realizados dentro de España (art. 1.1. tres), que presenta una sustancial identidad con los actos de producción del artículo 344, siendo además idénticos los bienes jurídicos.

— Actos de posesión o de tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación ilegal. 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 suponga una mayor penalidad.

CARACTERISTICAS DEL CONSUMO A DISTINTAS DROGAS

Tipo de droga	Dosis terapéutica	Vías de administración	Consumidor		Duración de los efectos	Frecuencia usual
			Moderado	Alto		
Opio		Fumado	5-20 (pipas)	Más de 20 (pipas)		Diaria
Morfina	0,01 gr.	Parenteral	0,200 grs.	0,500 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
Heroína	0,01 gr.	Parenteral	0,100 grs.	0,400 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
		Fumada				
Metadona		Oral	0,07 grs.	0,08 grs.		Diaria
			(para mantenimiento)			
	0,01 gr.	Parenteral				
Barbitúricos	0,2-0,4 gr.	Oral	0,500 grs.	Hasta 1,5 grs.	1/2 h.-10 h.	Diaria (2 veces)
	0,2 gr.	Parenteral	0,300 grs.	Hasta 1 grs.	»	»
Cocaína		Snifada	1,2 grs.	3,5 grs.	1/2 h.-1 h.	Diaria (hasta 10 v.)
		Parenteral	»	»	1/4 h.-1/2 h.	
Anfetamina	0,01-0,02 gr.	Oral	0,150 grs.	0,600 grs.	4 h.	Diaria (1-3 veces)
	0,005 gr.	Parenteral	0,075 grs.	0,300 grs.	3 h.	»
M.D.A. (Metilendioxi-anfetamina)	0,05-0,100 gr.	Oral	0,100 grs.	0,300 grs.	3 h.	Diaria (1-2 veces)
Mezcalina		Oral	0,400 grs.	0,600 grs.	10 h.	Semanal
Psicolobina		Oral	0,035 grs.	0,060 grs.	5 h.	Bisemanal
L.S.D.		Oral	0,200 grs.	0,500 grs.	8-12 h.	Semanal
D.M.T.		Oral	0,040 grs.	0,060 grs.	1/4 h.	Diaria (4-5 veces)
S.T.P.		Oral	0,010 grs.	0,035 grs.	24-30 horas.	Bimensual
Cannabis						
Grifa (2% THC)	3 grs.		15 grs.	20 grs.	2-3 horas.	Diaria
Has (8% THC)	0,5 grs.		5 grs.		3-4 horas.	Diaria
Accite (20% THC)	0,15 grs.		0,600 grs.		3-4 horas.	Diaria
	0,04 grs.	Pulmonar (fumado)	0,010 grs.	4,015 grs.	3 horas.	Diaria
	0,04 grs.	Gástrica (comida)	0,010 grs.	0,015 grs.	6 horas.	Bisemanal

EN TORNO AL ARTICULO 211 DEL CODIGO CIVIL: EL INTERNAMIENTO DE INCAPACES PRESUNTOS

—Circular número 2/1984, de 8 de junio—

I

Por diversos conductos ha llegado a conocimiento de la Fiscalía General del Estado que, con motivo de la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de tutela, se han suscitado muy diversas cuestiones relacionadas con el internamiento de enfermos mentales en Centro psiquiátricos. La causa fundamental de esas dificultades se halla en la derogación total y expresa del Decreto de 3 de julio de 1931, sobre normas relativas a la asistencia de enfermos mentales, que, sobre todo en el orden administrativo, regulaba exhaustivamente las condiciones para el ingreso de los deficientes psíquicos en establecimientos de esta índole. Ahora se cuenta tan sólo con el artículo 211 del Código civil, que dice:

«El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4.º, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.»

Dada la naturaleza del Cuerpo legal de que forma parte el artículo 211, únicamente debería contener los requisitos esenciales legitimadores del internamiento; mas es lo cierto que también desarrolla materias de carácter procesal, y que al ser incompletas, dejan sin revolver múltiples cuestiones a las que en la presente Circular pretende darse una solución transitoria, válida al menos hasta que las normas anunciadas en las disposiciones adicional y final de la Ley de 24 de octubre de 1983, puedan completar las lagunas, sobre todo de orden procesal, que se advierten.

II

Como los internamientos no voluntarios pueden afectar a la disponibilidad e inviolabilidad de la propia persona y nadie puede ser obligado, salvo disposición legal, a un determinado tratamiento sanitario, el legislador ha procurado siempre garantizar la seguridad individual. En este sentido, ya el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, sobre reglamentación de la hospitalidad

de los dementes, se refería en su preámbulo al gran número de enfermos mentales que entraban en reclusión sin garantías eficaces y la frecuencia con que se promueven litigios, y aun procedimientos criminales, por haberse recluso sin razón y con fines que atentan a la moral, a personas que no se hallaban en estado de demencia. El Decreto de 3 de julio de 1931 regulaba las siguientes modalidades de internamiento:

— Internamientos voluntarios normales (art. 9) o urgentes (art. 11), en este último caso cuando el solicitante presente signos de pérdida de la libre determinación de la voluntad o manifestaciones de peligrosidad.

— Internamientos por indicación médica promovidos por los cercanos parientes (art. 10), cuyas causas eran la enfermedad psíquica, la peligrosidad, la incompatibilidad con la vida social y las toxicomanías; las formalidades se reducían en los casos urgentes (art. 12).

— Internamientos para observación por orden gubernativa (art. 17), para personas en estado de peligrosidad o cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad o seguridad.

— Internamientos por orden judicial (arts. 19-20), ya se trate de procesados (arts. 381-383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de inculpados absueltos (art. 8, 1.ª, del Código penal) o de quienes cayeron en enajenación después de pronunciada sentencia firme (art. 82 del Código penal).

A pesar de la amplia ordenación de los diferentes tipos de internamiento, no se garantizaba suficientemente la libertad personal ni se protegían los intereses del internado, pues únicamente estaba prevista la intervención judicial en los supuestos de denuncia por internamiento indebidos (arts. 13-14). De ahí el que bajo su etapa continuaran los procesos penales por internamientos irregulares, situándose la tipicidad de tales conductas en el marco de la detención ilegal. Así, la sentencia de 28 de abril de 1950 declaró que el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico, cuando conste al agente la normalidad mental del individuo recluso, significa sin duda la comisión del delito comprendido en el artículo 480 del Código penal. Y la más reciente de 8 de octubre de 1982, señala que integra detención ilegal del artículo 480 el hecho de quien consigue que su madre sea ingresada, con fraude, en un hospital psiquiátrico sin que presentara signos de alteración neurológica ni psíquica que justificara tal medida. En parecidos términos, las sentencias de 3 de julio de 1965, 21 de octubre de 1971 y 28 de octubre de 1976. Otras sentencias, por el contrario, han calificado el internamiento con violación de normas extrapenales como delito de coacciones (Sentencias de 16 de abril de 1958 y 14 de abril de 1959).

El respeto ineludible a la libertad de las personas exige que todo internamiento deba sujetarse a determinadas garantías, y como la defensa máxima del presunto incapaz es la derivada de su examen por el Juez en trances de pronunciarse sobre la autorización, bien puede decirse que el nuevo artículo 211 del Código civil, al imponer de modo imperativo la intervención inmediata de los órganos jurisdiccionales, da entrada a un sistema de riguroso control judicial para los internamientos que impedirá la continuación de eventuales actividades delictivas. De esta manera, frente al internamiento sin necesidad de resolución judicial previa, propio de la legislación

derogada, ahora es el Juez quien autoriza o no el internamiento, insta la apertura del proceso de incapacitación e incluso acuerda *ex officio* la continuación o no del internamiento. Se encuadra así el artículo 211 dentro del espíritu de normas fundamentales conforme a las cuales cuando el ejercicio del derecho a la salud protegido en el artículo 43 de la Constitución exija la utilización de servicios de asistencia psiquiátrica, ésta deberá llevarse a cabo sin vulnerar el derecho a la libertad que reconoce el artículo 17, con mayor razón si se tiene en cuenta, además, que el internamiento supone un sacrificio de libertad más grave que la estricta detención, pues a la privación de libertad de movimientos se agrega la disminución de la libertad moral. Se ha operado así el tránsito desde la autorización administrativa a la autorización judicial, que ofrece, evidentemente, mayores garantías para la legalidad de los internamientos, ya se trate de los que puedan tener lugar en condiciones ilegales o de los que ilegalmente se prolonguen. Por lo demás, todos están ya sometidos a control judicial cualesquiera haya sido su origen mediante el procedimiento del «Habeas Corpus», pues a tales efectos se consideran ilegalmente detenidas las personas que estén ilícitamente internadas contra su voluntad en cualquier establecimiento (art. 1, b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»).

Así, nuestro ordenamiento jurídico viene a alinearse junto a disposiciones supranacionales en las que se establece que todo lo relativo al internamiento será interpretación estricta y que su ejecución estará garantizada por la intervención judicial. Precisamente el Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, prevé en su artículo 5.1.º, el internamiento de un enajenado siempre que se haga conforme a derecho; aclarando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979, que no se puede internar a nadie como enajenado sin pruebas médicas que revelen en él un estado mental que justifique una hospitalización forzosa. De otra parte, se insiste en la necesidad de judicializar los internamientos, pues «toda persona privada de su libertad mediante... internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante órganos judiciales» (art 5.4.º), especificándose que es legítimo por razones de urgencia el internamiento de un enfermo mental al que inmediatamente subsigue la autorización judicial, pero debiéndose reconocer la legitimación al mismo para instar de la autoridad judicial la revisión del internamiento una vez que hayan transcurrido plazos razonables, a no ser que esté contemplada la revisión judicial periódica y automática (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 1981).

III

A) Sujetos del internamiento son los *presuntos incapaces* (art. 211), término que con frecuencia se utiliza en la Ley de 24 de octubre de 1983, y con el que se alude a quienes se hallen afectados de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impeditivas de que las personas puedan gobernarse por sí mismas (art. 200). Sólo se trata en el artículo 211

del ingreso de incapaces presuntos, no de personas declaradas ya judicialmente incapaces, respecto de las cuales el tutor en el ejercicio de sus funciones deberá promover la adquisición o recuperación de la capacidad (artículo 269, 3.º).

En el giro de *presunto* incapaz a internar, se comprenden tanto las personas mayores como las menores de edad, pues éstas pueden ser incapacitadas (arts. 201 y 205). Ahora bien, dado que el Juez conceda autorización para el internamiento de un menor de edad, ¿deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva la declaración de incapacidad? El artículo 211, párrafo segundo, se remite al artículo 203, mas a pesar de la declaración general de esta norma conforme a la cual el Ministerio Fiscal debe promover la incapacitación si no lo hacen o no existen las personas principalmente legitimadas (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos), es lo cierto que, según expresa el artículo 205, la incapacitación de los menores sólo puede ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o de la tutela. Si existen titulares de la patria potestad o de la tutela y no solicitan la declaración de incapacidad, no está previsto que pueda instarla el Ministerio Fiscal; pero cuando aquellas funciones no se ejerzan, la legitimación para incapacitar al menor que se halle desvalido, sí corresponde al Ministerio Fiscal.

B) *Los diversos tipos de internamiento forzoso.*

a) *Internamientos sujetos a autorización judicial.*—Se trata de internamientos no voluntarios. Si todas las incapacitaciones están condicionadas por una declaración judicial firme, en cambio sólo a algunos internamientos de presuntos incapaces ha de preceder autorización judicial; así, en el inciso primero del artículo 211, la efectividad del internamiento, cuando no concurran razones de urgencia, se subordina a la existencia de autorización judicial. El Código civil no desarrolla el procedimiento encaminado a obtener la autorización. He aquí algunos de los rasgos de este proceso:

Estarán legitimados para solicitarlo los parientes que puedan instar la declaración de incapacidad; el tutor también precisa autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud (art. 271, 1.º). El Ministerio Fiscal sí puede promover la declaración de incapacidad que lleva aparejado un efecto inmediato mayor, también podrá instar el internamiento del incapaz presunto cuando no existan las personas enumeradas en el artículo 202 o existiendo no lo solicitaren.

¿De quien se solicita la autorización y cuál será el procedimiento a seguir? Obviamente el destinatario de la petición de internamiento es el Juez. Pero, ¿qué Juez y por medio de qué procedimiento? El artículo 211 emplea en tres ocasiones la palabra Juez, mas sin especificaciones. La disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, declara que al procedimiento de incapacitación serán aplicables las normas del *juicio de menor cuantía*, en tanto que los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del

libro I del Código civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre *jurisdicción voluntaria*. Entre estos últimos procedimientos debe incluirse la solicitud de autorización judicial para legitimar el internamiento del incapaz presunto, porque el artículo 211 forma parte del título IX y la autorización no se obtiene de plano, sino que requiere un procedimiento. ¿Cuál es el órgano judicial competente? Por regla general la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda los negocios de jurisdicción voluntaria al conocimiento de los Juzgados de 1.ª Instancia, luego la autorización judicial se sitúa en la esfera de su competencia. ¿Y donde existan Juzgados de familia? Las respectivas disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981 confieren a los Juzgados de familia las funciones atribuidas a los de 1.ª Instancia en las materias por ellas reguladas, y el artículo 1, 2.º, del Real Decreto de 3 de julio de 1981 —creador de los Juzgados de familia— expresaba que les corresponde el conocimiento en forma exclusiva de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código civil, «así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes». Luego si en ninguno de los artículos del Código civil reformado por la Ley de 24 de octubre de 1983 aparecen siquiera citados los Juzgados de familia, parece evidente que carecen de funciones en cuestiones tutelares y que la competencia para conceder las autorizaciones será siempre de los Juzgados de Primera Instancia

La competencia territorial vendrá determinada por el domicilio del presunto incapaz (art. 62.1 y 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

b) *Internamientos sujetos a aprobación judicial*.—Esta es otra modalidad de los internamientos no voluntarios. Son «razones de urgencia» las que justifican el internamiento directo o sin necesidad de autorización judicial; se trata, pues, de un internamiento excepcional en sus trámites que conlleva la «inmediata adopción de tal medida» (el internamiento). El artículo 211, que lo prevé en su párrafo primero, sólo hace referencia a un requisito posterior al acto de internamiento: que se comunique al Juez dentro de las 24 horas siguientes. Si, en el supuesto de que no concurren razones de urgencia, a todo internamiento ha de preceder la autorización, en el caso que ahora se analiza la intervención judicial subsigue al internamiento, razón por la cual al acto le cuadra el calificativo de aprobación; se somete al Juez el acto adoptado y si tras el examen del presunto incapaz y el dictamen facultativo lo juzga procedente, se aprueba y en caso contrario, alza el internamiento.

El Código civil omite cualesquiera otros requisitos del internamiento sujeto a aprobación judicial. He aquí algunas cuestiones.

No está determinado quiénes estarán obligados a hacer la comunicación al Juez de que se ha hecho el internamiento. Como se trata de internamientos no voluntarios, la alternativa posible es ésta: o los familiares más allegados que lo hayan interesado o los facultativos del Centro asistencial. Tema importante por las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de internamientos urgentes indebidos. Sin perjuicio de que la noticia del internamiento sea hecha por los familiares de modo inmediato, entendemos que

como la apreciación de la urgencia que los autoriza es una cuestión eminentemente técnica (tipo de enfermedad mental, gravedad efectiva o no del internado), los facultativos harán siempre la comunicación razonada en el término esencial establecido.

Las mismas personas capacitadas para solicitar el internamiento forzoso ordinario, lo estarán para promover el internamiento urgente.

Están también en blanco los trámites del procedimiento que conduce a resolver sobre la aprobación. Mas si razones de urgencia aconsejan que preceda el internamiento a la autorización, esa misma urgencia será imprescindible en el procedimiento que concluye con la aprobación o no del internamiento. El artículo 211, párrafo segundo, se fija únicamente en dos requisitos sustanciales: examinar a la persona internada y oír el dictamen de un facultativo. El examen es un acto personal del Juez. Sobre el dictamen del facultativo, caben algunas observaciones:

—¿Quién deberá emitirlo? ¿El facultativo que ha aceptado el internamiento previo u otro distinto? El Juez no está vinculado por el informe que los facultativos den en justificación del internamiento sujeto a ratificación judicial; al contrario, ofrece más garantías para la justicia de la resolución judicial que los facultativos libremente designados por el Juez sean distintos a aquéllos.

— Aunque la frase «oir el dictamen de un facultativo» en su literalidad pudiera interpretarse como dictamen necesariamente oral, es lo cierto que tanto en el Código civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil existen argumentos para estimar que la expresión *oir* es indicativa de informe escrito.

Juez competente es el mismo que para el internamiento sometido a autorización judicial, mas como puede suceder que no coinciden el lugar del domicilio del internado y el Centro psiquiátrico en que se interna, creemos que el Juzgado correspondiente a este último será el competente.

c) *Internamiento voluntario*.—Todo internamiento forzoso no urgente precisa de autorización judicial. El artículo 211 no se refiere a los internamientos voluntarios de los presuntos incapaces; en ellos la sola manifestación de voluntad del interesado es sustitutiva de la autorización judicial. La eficacia de la declaración de voluntad del incapaz presunto para la constitución del acto de internamiento deriva de lo siguiente: de una parte, porque si el incapaz presunto puede comparecer (art. 207) en un acto que normalmente es posterior (el proceso de incapacidad), también lo hará válidamente en un acto anterior (la petición de internamiento); y de otra porque si los efectos de la incapacitación comienzan al dictarse la declaración judicial de incapacidad, hasta que llegue ese momento, los actos jurídicos materiales y procesales del presunto incapaz serán eficaces. Pero la voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden; y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer. En cualquier otro caso, se trataría de ingresos aparentemente voluntarios para cuya subsistencia o continuidad sería precisa la autorización judicial. Si hay que evitar a toda costa los ingresos voluntarios fraudulentos y las retenciones indebidas, aunque la generalidad de los requisitos del artículo 211 sean ajenos a los internamientos voluntarios, determi-

nados internamientos de esta clase, en particular aquellos en que se dude sobre la absoluta voluntariedad del solicitante, deberían ser puestos en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

IV

Se exponen ahora otras cuestiones procesales que tampoco hallan una explícita solución en el artículo 211.

a) *Comienzo de los internamientos sujetos a autorización judicial.*—La petición de internamiento tiene un término «ad quem»: ha de hacerse antes de la conclusión del procedimiento de incapacitación y nunca después porque el artículo 211 siempre se refiere al incapaz presunto y no al incapaz declarado. El internamiento o no del declarado incapaz es cuestión situada fuera del círculo del artículo 211; se trataría de una facultad del representante legal para la que precisa autorización del Juez (art. 271.1), debiendo oírse previamente al Ministerio Fiscal (art. 273). Aunque semejantes en su estructura, son distintos los procedimientos para internar a los incapaces presuntos y a los incapaces declarados.

Lo normal es que se solicite el internamiento del incapaz presunto antes de iniciarse la declaración judicial de incapacidad. Pero también podrá hacerse la petición durante la tramitación del juicio de incapacidad. Aquí surge la cuestión siguiente: ¿en tal caso, la autorización se resuelve en acto procesal separado o conjuntamente con la declaración de incapacidad al concluirse el proceso? Atendidos los trámites de uno y otro procedimiento y la conveniencia de que la petición de internamiento adquiera firmeza lo antes posible, parece que la autorización judicial debe ser previa y no coetánea a la resolución que declare la incapacitación.

Concedida la autorización para el internamiento del presunto incapaz, el Juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203 (art. 211, párrafo segundo), esto es, para que promueva la declaración de incapacidad si no lo han hecho las personas con legitimación voluntaria. Sin embargo, es cuestionable si la medida de internamiento permanece o caducará en el caso de que no se inicie el proceso de incapacitación. En las hipótesis en que el Ministerio Fiscal cuente con legitimación el problema no se presenta porque *debe* promoverla (art. 203), pero sí en otros casos.

b) *Continuidad y fin del internamiento.*—La situación de internamiento no es, por naturaleza, definitiva. Por lo pronto se impone al tutor la obligación de informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado (art. 269, 4.º) y el Juez, de modo directo cuenta con estas dos posibilidades: la facultad discrecional, a ejercitar en cualquier momento posterior al internamiento («cuando lo crea conveniente») de recabar información sobre la necesidad de que se prosiga o termine el internamiento; y la obligación de examinar y recabar informes sobre el internamiento cada seis meses debiendo pronunciarse sobre la continuidad o no del internamiento.

La decisión de poner fin al internamiento se producirá con el cese de la causa que lo motivó, aunque no se haya recuperado plenamente la capacidad.

Pero esa situación extintiva del internamiento no ha de justificarse a través de un proceso de reintegración de la capacidad (art. 212), cuya única finalidad es dejar sin efecto la declaración de incapacidad, sino que la decidirá el Juez cuando lo estime procedente.

c) *Intervención del presunto incapaz y del Ministerio Fiscal en los procedimientos de autorización de los internamientos.*—El presunto incapaz puede oponerse a la medida de internamiento instada por otros, pues si tiene, explícita, esa posibilidad en el proceso de incapacitación (art. 207, párrafo segundo), también la tendrá aquí. El artículo 211 silencia la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de autorización, pero si hemos justificado que el mismo pertenece a la jurisdicción voluntaria, el Ministerio Fiscal debe estar presente en ellos.

d) *Terminación del proceso dirigido a obtener la autorización.*—Al aplicarse las normas de la jurisdicción voluntaria, la resolución que lo ponga fin adoptará la forma de auto, que será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 1, 1.º, de la Ley de 20 de junio de 1968) en su modalidad de un solo efecto, tanto si se autoriza como si se deniega el internamiento, de manera que durante la sustanciación del recurso permanecerá la situación existente al interponerlo.

A la interpretación que precede del artículo 211 del Código civil, deberá ajustarse el Ministerio Fiscal en todos aquellos supuestos que se susciten cuestiones idénticas o análogas a las que se han analizado.

ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL ANTE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES

—Circular núm. 3/1984, de 25 de junio—

La inaplazable necesidad de regular la actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores exige la publicación de la presente Circular, habiendo sido oídos y con el acuerdo favorable, en sus respectivos ámbitos de competencia, del Consejo Fiscal y de la Junta de Fiscales de Sala, a tenor del artículo 14, 1, a) y 14, 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

I

Constante ha sido la preocupación del Ministerio Fiscal por la protección de los menores y jóvenes. Las Memorias de esta Fiscalía General del Estado de los años 1916, 1966 y 1982 son prueba de su interés. Esta última hacía un estudio de diversas cuestiones relacionadas con la protección de los menores y, entre ellas, con los problemas suscitados por la composición y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores, especialmente los originados por la incidencia de la Constitución de 1978 sobre la legislación que regula la materia.

El ámbito de las misiones que la Constitución señala al Ministerio Fiscal en su artículo 124 y que el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal desarrolla, comprende —en los aspectos que más directamente afectan a los menores de edad— lo dispuesto en el apartado siete «asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos», en el tres «velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa» y en el apartado seis «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

El artículo cuarto del Estatuto concede una serie de facultades, entre las que merece destacarse: «interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos... Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando» —apartado uno y el contenido del apartado dos— «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio...».

Los artículos 158-3, 228, 232, 248 y 299 bis del Código civil encomiendan determinadas funciones al Fiscal respecto a la protección de menores.

La directa incidencia o, en su caso, la aplicación por analogía de los preceptos citados en los párrafos anteriores, permite al Ministerio Fiscal intervenir en los Tribunales Tutelares de Menores, en los momentos y manera que posteriormente se precisarán, cuando no existen personas que ejerzan la patria potestad o la tutela o en los casos en que dado el deficiente ejercicio de la patria potestad o de la tutela nos encontramos ante un menor desvalido.

Hasta la fecha el Ministerio Público, en observancia de sus funciones, ha procurado el cumplimiento de sus fines respecto a la protección de los menores, pero no puede contentarse con lo conseguido, debiendo, en exigencia con la importancia de su función en la sociedad actual, potenciar su actuación para el mejor logro de sus fines.

El desarrollo del propósito acabado de anunciar en el anterior párrafo, exige examinar la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores para establecer de un modo inmediato la intervención del Fiscal ante los mismos con las limitaciones que el cumplimiento de sus funciones impone y siempre con la misión de velar y proteger a los menores, desechando cualquier matiz represivo en su actuación, y ello sin poder esperar a que una pronta y ya anunciada reforma de los citados Tribunales Tutelares de Menores, al tiempo que los sitúa dentro de la jurisdicción ordinaria, imponga expresamente la pertinente intervención del Fiscal.

La inmediata actuación del Ministerio Fiscal, que ahora se establece, viene a cumplir el mandato constitucional de que los poderes públicos promuevan las condiciones para que sean efectivas la igualdad y libertad de los ciuda-

danos —artículo 9,2 de la Constitución—, ya que la intervención del Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores mejorará la adecuada protección de los menores, logrando que los mismos puedan disfrutar de unas adecuadas medidas protectoras o transformar sus circunstancias personales y hábitos de conducta, mediante su reforma, que los haga capaces del correcto uso de su libertad y les permita la participación en la vida política, económica, cultural y social, cuando alcancen la mayoría de edad, en un plano de igualdad con sus conciudadanos.

El Fiscal, como órgano público cuando actúa con fin de lograr la protección, está legitimado para intervenir ante los Tribunales Tutelares de Menores, aunque no estén integrados en el Poder Judicial, pues el ya invocado artículo 3,7, del Estatuto le permite la representación y defensa de los menores, tanto «en juicio como fuera de él».

La oposición a la admisión del Fiscal se ha fundado, por los tratadistas en esta materia, en el carácter represivo del Ministerio Fiscal, incompatible con la naturaleza de los Tribunales Tutelares de Menores. Esta postura quedó contradicha con la anterior afirmación de que el Fiscal nunca intervendrá ante los Tribunales Tutelares de Menores como órgano represivo, sino como protector de los intereses de los menores y vigilante de sus derechos. También hay que resaltar que en la vigente normativa sobre la materia no existe una prohibición expresa a la intervención del Fiscal. El argumento de que el artículo 29 del Reglamento impide la actuación de Abogados y Procuradores y que permitir la intervención del Fiscal rompería el necesario equilibrio de las partes, no puede compartirse pues la función del Fiscal, como reiteradamente se ha señalado, es la de protector del menor y nunca la de acusador. La autorización expresa al Ministerio Fiscal en el artículo 30 del Reglamento, no puede utilizarse para afirmar que en los demás casos está prohibida su presencia, pues únicamente supone la obligatoriedad de una actuación concreta en las cuestiones que el citado precepto regula (en la actualidad comprendida en la Ley de 17 de julio de 1948 y en el Decreto de 3 de octubre de 1950), que no excluye las posibles y distintas actuaciones del Fiscal.

II

La normativa reguladora del Tribunal Tutelar de Menores está básicamente contenida en el Decreto de 11 de junio de 1948, Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores, y en el Decreto de 2 de julio de 1948, Texto refundido de la legislación sobre protección de menores, en su Título III, artículos 58 y 59. Las reformas más importantes se deben al Decreto de 11 de julio de 1968, en lo referente a Obra de Protección de Menores, y al Decreto de 26 de febrero de 1976 en aspectos relacionados con el Tribunal Tutelar de Menores.

Dado el artículo 39,4 de la Constitución, al afirmar que «los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos», será tenido en cuenta el contenido de la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1959, así como tendrán aplicación cuantas medidas de protección sean necesarias en beneficio de los menores, tanto por parte de su

familia, como de la sociedad y del Estado, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el día 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España.

III

Las funciones del Tribunal se desarrollan en tres ámbitos: a) *Facultad de enjuiciamiento de mayores de edad*, cuando cometan alguna de las faltas comprendidas en el artículo 548 del Código Penal —artículo 9,2 de la Ley—; b) *Facultad protectora*, cuando los menores son objeto de alguno de los supuestos regulados en los números 5, 6, 8, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código penal, en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903 o en los casos previstos por el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores —artículo 9,3 de la citada Ley—; c) *Facultad reformadora*, en los casos en que los menores cometan delitos y faltas castigadas en las leyes penales o estén prostituidos, vagos licenciosos o vagabundos —artículo 9,1 de la Ley—.

La facultad represiva de enjuiciamiento de mayores de edad, en los supuestos indicados, queda fuera de las presentes consideraciones, pues la Constitución Española —artículo 117,3— reserva la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado a los Jueces y Tribunales, por lo que debe entenderse que la disposición derogatoria tercera de la Constitución ha dejado sin contenido esta facultad de los Tribunales Tutelares de Menores.

Hay que examinar y precisar la intervención del Fiscal en la *facultad protectora*, donde normalmente tendrá que actuar dados sus fines, y señalar los supuestos excepcionales en que es necesaria su intervención cuando el Tribunal Tutelar de Menores ejerce la *facultad reformadora*.

1. *Facultad protectora*.

Los casos en que la actuación del Tribunal Tutelar de Menores está encaminada a la protección del menor, señalados en apartado III b), tienen como denominador común la existencia de un defectuoso ejercicio de la patria potestad o tutela, o excepcionalmente la actuación de tal naturaleza de un guardador de hecho (art. 82 del Reglamento). Estamos ante casos en que los menores están desvalidos y en que el Fiscal está autorizado a intervenir a tenor de sus disposiciones orgánicas.

El Reglamento —artículo 76— ordena la instrucción de una información sumaria, con el fin de acreditar la realidad de los hechos e imputaciones.

Practicada la prueba ordenada por el Tribunal, el Fiscal formulará las alegaciones que, en su caso, se deriven de la denuncia o de la investigación contra los padres o tutores y solicitará las medidas procedentes a tenor del artículo 17 B) de la Ley o pedirá la práctica de las oportunas pruebas, si entiende que previamente a sus alegaciones debe completarse

el expediente. El Tribunal Tutelar de Menores, a la vista del informe del Fiscal, trasladará a los padres o tutores las imputaciones que haya formulado el Fiscal y las que el propio órgano deduzca contra ellos, en observancia del artículo 80 del Reglamento.

El Fiscal, que recibirá la notificación de los Acuerdos, podrá recurrir contra la decisión del Tribunal Tutelar de Menores o del Juez Unipersonal, donde éstos actúen, ante el Tribunal de Apelación, constituido en observancia del artículo 5.º de la Ley, en los casos permitidos por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Reglamento para su ejecución.

El artículo 22 de la Ley y el artículo 45 del Reglamento autoriza la apelación, en un sólo efecto, contra los Acuerdos que deniegan las medidas limitativas del derecho de padres o tutores cuando se «interponga por la madre del menor o por personas que tengan con él vínculo de parentesco hasta el tercer grado o haya sido o sean sus guardadores». En estos supuestos, siempre que el Fiscal crea pertinente tal recurso, lo podrá interponer ya que ostenta la legitimación necesaria, pues sus facultades sobre el menor desvalido son muy superiores a las del simple guardador, y éste está autorizado por expresa manifestación de la Ley.

Contra los restantes Acuerdos no cabe recurso, salvo que el Acuerdo de modo expreso suspenda el derecho a la guarda y educación del menor, los que limiten ese derecho ordenando internar al menor en un establecimiento o entregarlo a otra persona, familia o sociedad tutelar y los que impongan la restricción del nombramiento de un Delegado, así como contra los Acuerdos provisionales que reúnan los requisitos del párrafo segundo del artículo 45 del Reglamento (entrañe la separación de los menores de sus padres y perduren por más de treinta días).

La apelación contra los Acuerdos citados en el párrafo anterior «podrá interponerse por el representante legal del menor, o por éste mismo, si careciese de él (art. 46, párrafo primero del referido Reglamento). En los casos que contemplamos es presupuesto común la deficiente actuación de los representantes legales de los menores —sean padres o tutores— por lo que los menores carecen —al menos parcialmente— de tal protección y ante la situación de desvalimiento hay que deducir que pueden recurrir el Ministerio Fiscal, en base a una interpretación coherente del Reglamento en su artículo 46 con el artículo 3,7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Finalmente, el Fiscal, en atención a las ya repetidas razones, intervendrá en la ejecución de los Acuerdos dictados, emitiendo los oportunos dictámenes, artículo 33 de la Ley y 106 y siguientes del Reglamento.

2. Facultad reformadora.

En los expedientes incoados en los supuestos del artículo 9,1 de la Ley, normalmente no actuará el Ministerio Fiscal, ya que en el momento actual y a la vista de las normas reguladoras de los Tribunales Tutelares de Menores no está legitimado para intervenir. Únicamente, en los siguientes casos, podrá actuar:

a) En los reseñados supuestos en que el menor carece de representación legal o ésta —padres o tutor— actúa de un modo deficiente. Por los motivos

alegados con anterioridad el Juez Unipersonal o Tribunal Tutelar de Menores, cuando se encuentre ante un supuesto en que concurra esta circunstancia, tendrá en cuenta tal situación y deberá notificar el Acuerdo recaído al Fiscal, para que el mismo pueda interponer el pertinente recurso, si lo estima conveniente, en los casos en que es posible a tenor de los artículos 22 de la Ley y 45 del Reglamento, que han sido examinados al estudiar la Facultad Protectora. Igualmente podrá intervenir, con la emisión de los dictámenes oportunos, en la ejecución de los Acuerdos, en tanto no se constituye la adecuada representación del menor o ésta no ejerza correctamente sus funciones.

b) El Fiscal, en cumplimiento del artículo 3,3 de su Estatuto, podrá ejercitar las medidas oportunas ante los Tribunales Tutelares de Menores y solicitar los testimonios necesarios, igual que puede realizar tales actuaciones ante los órganos judiciales y organismos administrativos, para lograr el respeto y defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los menores.

c) Dado el contenido del artículo 4,2 del Estatuto Orgánico que rige al Ministerio Fiscal, podrá visitar los centros de internamiento de los menores y deducir las peticiones oportunas ante los Tribunales Tutelares de Menores que sean consecuencia de tal actuación, sin perjuicio del ejercicio de las acciones correspondientes ante los Organos judiciales, si fuesen procedentes.

IV

El cumplimiento de estas nuevas funciones, que conlleva la observancia de la presente Circular, supone un incremento del trabajo de las Fiscalías y la necesidad de que en aquéllas en cuyo territorio se instruyan un elevado número de expedientes por el Tribunal Tutelar de Menores en el ejercicio de la facultad protectora, ámbito donde especialmente se potencia la actividad del Ministerio Fiscal, el Fiscal Jefe designe un Fiscal que, con la dedicación y compatibilidad que en cada provincia se estime necesaria, se persone ante cada Tribunal Tutelar de Menores o Juez Unipersonal y despache los asuntos relacionados con dichos organismos.

El esperado aumento de las plantillas de la Carrera Fiscal permitirá, en fecha no lejana, que el cumplimiento de las actividades, que en esta Circular se ordena, no repercuta en un incremento del trabajo de los Fiscales, como transitoriamente sucederá hasta tanto se amplíen las plantillas en número suficiente de Fiscales.

EN TORNO A SI LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE DISTRITO TIENEN EL CARACTER DE COSA JUZGADA CUANDO RECAEN SOBRE HECHOS QUE PUEDEN SER CONSTITUTIVOS DE DELITO

—Consulta núm. 1/1984, de 17 de mayo—

Se ha recibido en esta Fiscalía la Consulta formulada por V. I. en la que plantea la posibilidad de que pueda atribuirse, en determinadas circunstancias, efectos de cosa juzgada a las sentencias pronunciadas por los Juzgados de Distrito en el orden penal.

I. Antecedentes.

Los antecedentes suministrados pueden resumirse del siguiente modo:

A) Con motivo de un accidente de circulación en el que colisionaron dos vehículos, estos resultaron con daños y además dos personas lesionadas, hecho que determina la iniciación de las diligencias previas correspondientes de las que conoce el Juzgado de Instrucción. Pero, al propio tiempo, el Centro sanitario en donde está internado uno de los heridos, remite parte de sanidad al Juzgado de Distrito, especificándose en él que las lesiones curan en ocho días; en este Juzgado se recibe declaración al conductor del automóvil con quien viajaba el lesionado y sin más investigaciones se celebra juicio de faltas, dictándose sentencia absolutoria para el conductor.

B) En la fecha de la sentencia absolutoria, las diligencias previas continúan en tramitación, convirtiéndose poco después en preparatorias, en donde ya constan declaraciones de los conductores de los vehículos implicados, tasación de los daños, la sanidad del lesionado que curó en ocho días y la sanidad de otro herido en el mismo accidente que tardó en curar cuarenta días. Continúan las fases del procedimiento y dado el traslado preceptivo al Ministerio Fiscal, califica los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos imputable al conductor, que fue absuelto en juicio de faltas celebrado ante el Juzgado de Distrito. La defensa del inculpado, al evacuar el traslado conferido, alega que su patrocinado ha sido ya juzgado y absuelto por los hechos imputados. Unidos a las diligencias preparatorias testimonio de las actuaciones y de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito, demuestran que, efectivamente, el acusado en las preparatorias por el Ministerio Fiscal, había sido absuelto en juicio de faltas.

II. Síntesis de las razones expuestas en la Consulta.

Tras la relación de hechos señala, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuáles son los requisitos de la cosa juzgada penal, y con referencia al supuesto contemplado en la Consulta, entiende que concurrirán los siguientes presupuestos: sentencia firme y definitiva, identidad subjetiva del imputado con independencia de posibles perjudicados por el hecho ya enjuiciado e identidad objetiva, puesto que los hechos ya juzgados y los que se van a ponderar en el nuevo procedimiento son los mismos.

Expone sus dudas, sobre la presencia en los hechos que examina, de este otro requisito: que la sentencia anterior haya sido dictada por órgano judicial competente por razón de la materia. Ello es así —resumimos su línea argumental— porque el hecho completo objetivamente puede constituir la falta de simple imprudencia del artículo 586, 3.º —en cuyo caso sería órgano competente *ratione materiae*— o el delito de imprudencia simple antirreglamentaria, hipótesis en que la sentencia se habría dictado por Tribunal incompetente. En todos los casos en que los hechos potencialmente admiten su encuadre como delitos y como faltas, no puede afirmarse tajantemente —a menos que el principio de seguridad jurídica resulte afectado— que la sentencia dictada por el Juzgado inferior sea ineficaz para constituir la excepción de cosa juzgada, porque siendo competente para resolver sobre las faltas, en algunas ocasiones la línea divisoria entre el delito y la falta no es clara (imprudencia simple —imprudencia antirreglamentaria, amenazas constitutivas de delito— amenazas constitutivas de falta). En trances de pronunciarse sobre el tema de la Consulta, cree que debe excluirse la posibilidad de la cosa juzgada porque simultáneamente el órgano superior estaba conociendo del hecho y con más elementos de juicio puede caracterizarlo como delito.

Por último, se dice que no es de apreciar la requerida identidad de acción, ya que no debe entenderse en abstracto, como *ius persequendi*, sino en concreto, esto es, que sea idéntica la razón en la resolución firme pronunciada y en la que se pretende conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.

Precisamente tras el análisis de estos dos últimos requisitos, estima que en el caso consultado no se origina excepción de cosa juzgada.

III. Decisión de la Consulta.

La posibilidad de volver a acusar por razón del mismo objeto procesal a la misma persona, es un acto condicionado y excepcional, por cuanto el efecto negativo de la cosa juzgada impide que los órganos jurisdiccionales puedan volver sobre lo ya resuelto conociendo un asunto por segunda vez (*non bis in idem*). Pero para que esto suceda, es precisa la concurrencia de diversos requisitos, todos ellos indispensables, de modo que la falta de cualesquiera origina el rechazo de la excepción de cosa juzgada, lo que permite dictar otra sentencia sobre el fondo. Trasladándonos a los hechos cuestionados, aceptar que algún presupuesto esté ausente, significaría negar la eficacia prejudicial, en el procedimiento de diligencias preparatorias en tramitación, de la anterior sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Distrito.

Las identidades procesales que el artículo 1.252 del Código civil prevé para la cosa juzgada civil, el Tribunal Supremo las ha aplicado a la cosa juzgada penal. Es, en efecto, doctrina jurisprudencial muy reiterada (entre otras, Sentencias de 15-4-1946, 22-12-1969, 9-10-1974, 21-3-1979, 1-10-1980, 2-2-1981 y 24-9-1981) por lo que respecta a las identidades, que entre la sentencia firme y el nuevo proceso en que se invoque la excepción, concurren las tres circunstancias esenciales de:

— *Identidad subjetiva (eadem personae)* entre las personas que hubieren sido parte en el proceso anterior resuelto por sentencia firme y las que constituyan la relación jurídica procesal del nuevo, o, como dice la Sentencia de 19 de octubre de 1970, «identidad de acusado».

— *Identidad de objeto o cosa material (eadem res)*, por ser los mismos los hechos ya enjuiciados y los queridos valorar en el nuevo proceso, debiéndose buscar aquellos en el fundamento fáctico de la sentencia y no en su fallo, siendo, además, de destacar según subrayó la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1892, que cualquiera que sea la calificación jurídica si el hecho es el mismo se produce el efecto de cosa juzgada.

— *Identidad de acción (eadem causa petendi)*, no en abstracto (*ius persequendi*), sino en concreto por ser idéntica la razón de pedir entre la resolución dada y la pretendida conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.

Mas para la estimación de la *exceptio res iudicata* existe otro requisito ajeno a las identidades, y es el siguiente: que la sentencia firme cuyo efecto de cosa juzgada se invoca, esté dictada por órgano que tenga jurisdicción para ello al ser competente por razón de la materia (Sentencias de 24-3-1971, 4-5-1972, 1-10-1980, 4-2-1981, etc.). Este requisito se ha planteado en muy diversas direcciones, mas aquí lo relacionamos tan sólo en cuanto los hechos objeto de un segundo proceso por delito han sido juzgados ya por órganos de la Justicia municipal como constitutivos de falta, que es precisamente lo cuestionado en la Consulta. La nulidad de una resolución en la que concurren tales circunstancias es proclamada, por ejemplo, en la Sentencia de 24-3-1971, declarativa de que «la imposibilidad de dos procesos diferentes y de dos resoluciones distintas sobre el mismo objeto procesal exige que la resolución precedente haya sido dictada por Juez que posea jurisdicción y competencia objetiva suficiente para actuar y decidir, pues si la sentencia la dicta un Juez Municipal que sólo la posee para conocer de los juicios de faltas y fallar sobre infracciones veniales según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haciéndolo en relación a hechos que deban calificarse como estrictos delitos atribuidos en su conocimiento exclusivamente a los Jueces de Instrucción o a las Audiencias Provinciales en el artículo 74, 2.º y 3.º de dicha norma, es evidente que por radical ausencia de jurisdicción resulta nula tal resolución, que no puede impedir que se persiga posteriormente el propio hecho valorado como delito, por ser la resolución dictada con notoria incompetencia y en virtud de una pretensión distinta de la que con arreglo a la ley vinculante correspondía ejercitar, ya que tales Jueces municipales carecen ciertamente de facultades para conocer de los delitos y sus decisiones no pueden producir sobre éstos los efectos de cosa juzgada». En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 4-5-1972 cuando afirma —citando en su apoyo las de 30-9-1886, 27-1-1887, 12-4-1903, 12-1-1906, 31-1-1925, 12-4-1930 y 24-3-1971— que aunque se entendiera que en apelación de juicio de faltas recayó sentencia sobre los mismos hechos que la Audiencia en juicio después... como quiera que el Juez de Instrucción carecía de competencia objetiva para resolver sobre hechos integrantes de delito atribuido a conocimiento de la Audiencia (escándalo público), esa incompetencia producía de pleno derecho la nulidad de la re-

solución del Juez, posibilidad de convalidación, toda vez que, derivada de un juicio de faltas integrando delito la materia del mismo, no entra en juego el principio *non bis in idem* ni puede darse la excepción.

Por su parte, la Sentencia de 4-2-1981, entiende que la excepción de cosa juzgada es apreciable únicamente cuando de los hechos en que se funde, se deduzca una perfecta identidad de objeto fáctico y un sujeto pasivo del proceso con referencia a una resolución que, a más de tener carácter de firme y ser de fecha anterior, haya sido pronunciada por Tribunal competente para ello. En tal sentido, las sentencias de los Juzgados de Distrito no tienen el carácter de cosa juzgada cuando recaen sobre hechos conceptuados posteriormente como constitutivos de delito por Tribunal competente. En términos análogos la Sentencia de 3-2-1984.

A las sentencias de los Juzgados de Distritos no cabe asignarlas el carácter de cosa juzgada, y ello tanto si se entiende que los hechos han sido calificados erróneamente como faltas, como cuando apareciendo en principio como faltas, una posterior investigación justifica que son delitos. En ambos casos en un proceso posterior pueden juzgarse los mismos hechos. En la textura planteada en un plano general, y que tanto preocupa al autor de la Consulta, de si ante una sentencia presuntamente injusta debe prevalecer la seguridad jurídica —aceptar la excepción de cosa juzgada con la consiguiente inmutabilidad de la resolución ya dictada— o la justicia —rechazar la excepción de cosa juzgada y dictar otra sentencia más acomodada a los hechos— el presunto peligro jurídico sería en todo caso remoto por la infrecuencia de que ante un hecho dado se llegue a aquella alternativa. Ello es así porque existe una posibilidad doble de ponderar los hechos antes de dictar sentencia; de un lado, el titular del Juzgado de Distrito al analizar los hechos objeto del juicio puede inhibirse (art. 12 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) cuando no sean constitutivos de falta; y de otro porque si la generalidad de los procedimientos se inician por diligencias previas, es el Juez Instructor quien manda remitir lo actuado al Juez de Distrito competente si reputa los hechos falta (art. 789, segunda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pero es que en el supuesto de la Consulta entendemos que no existe siquiera identidad objetiva absoluta entre los hechos que fueron objeto del juicio de faltas y los que integran el procedimiento de diligencias preparatorias. Los constitutivos de éste son más extensos que los de aquél, ya que el juicio de faltas quedó reducido a valorar el comportamiento del conductor de un vehículo que al colisionar con otro produjo lesiones en su acompañante que curaron en ocho días. Tal hecho nunca podía exceder de una falta. El procedimiento de diligencias preparatorias tiene un marco típico de mayor entidad como se desprende de los antecedentes resumidos. Entre uno y otro, la identidad objetiva es sólo parcial. Hay coincidencia material en el acaecimiento —un accidente de circulación— y en el orden temporal, pero no en la totalidad de los resultados lesivos de él derivados, pues si resultaron dos personas lesionadas y con daños los vehículos, el ámbito del juicio de faltas concluido se redujo a las lesiones leves de una persona.

Cuando después de dictada sentencia en juicio de faltas se definen acon-

tecimientos que varían la tipicidad, aumentan la punibilidad y pueden cambiar la culpabilidad, es absolutamente viable la prosecución de un nuevo proceso; no hay razón para la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada sólo porque la primera sentencia se haya dictado prematuramente. No nos hallamos, pues, ante un mismo hecho. No hay identidad total, pues en cualquier caso el hecho jurídico penal de la sentencia del Juzgado de Distrito pasaría a formar parte del supuesto de hecho investigado en las diligencias preparatorias. Falta, pues, el requisito esencial de la identidad objetiva (*eadem res*) entre un procedimiento y otro. La sentencia de 4 de febrero de 1969 no estimó la excepción de cosa juzgada alegada porque los hechos del juicio de faltas no eran los mismos que los motivadores de la sentencia combatida, aun cuando fueren de la misma naturaleza o tuvieran significación idéntica o análoga.

Así, pues, en todos aquellos supuestos que sean análogos a los que plantea la Consulta, el Ministerio Fiscal deberá impugnar la excepción de cosa juzgada que pueda plantearse, ya que tal sentencia, al haber sido dictada por un órgano jurisdiccional no competente por razón de la materia, debe reputarse acto procesal nulo.

MOMENTOS EN QUE PROCEDE DECRETAR LA LIBERTAD CON FIANZA PARA LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTICULO 503, 2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

—Instrucción núm. 1/1984, de 28 de febrero—

I

Las acciones delictivas que atentan de modo grave a la paz pública, no sólo no se estabilizan sino que aumentan, manifestándose de modo especial en la calle, en establecimientos comerciales y en entidades de crédito. Ante la justificada alarma que producen, se hace preciso dar satisfacción inmediata a un sentimiento de indignación motivado por el hecho no infrecuente de que autores reiterados de aquéllas conductas se hallan en libertad tras haber sido detenidos. La conciencia social reclama que muchos de estos delincuentes se mantengan en situación de prisión provisional, con lo que al tiempo que se evitaría la comisión de nuevos delitos, se mantendría el equilibrio de una ética popular fundada sobre el *consensus* general que solicita una mayor energía para quienes contribuyen de modo tan directo al deterioro progresivo de la seguridad ciudadana. Como defensores cualificados de los intereses generales de la comunidad, y, en particular, de la vida, la propiedad y la dignidad, y en salvaguarda de la más alta expresión de la soberanía del Estado democrático, que es la Justicia, estimamos oportuno en estos momentos, en garantía de tales derechos, dictar las presentes instrucciones orientativas sobre la interpretación que deba darse a algunas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a la medida cautelar de prisión provisional.

II

La prisión provisional que debe acordarse necesariamente (*prisión provisional obligatoria*) cuando son objeto de imputación delitos a los que corresponde una determinada pena grave, no plantea problemas interpretativos en la práctica judicial. Mas para la *prisión provisional facultativa*, que debe cohonestar los principios constitucionales de la limitación temporal de la privación de libertad (art. 17.4) y de la presunción de no culpabilidad (art. 24.2), y que en buena medida se funda sobre la discrecionalidad, no están bien precisados todos los confines que cooperan a marcar el tránsito hacia la libertad provisional. En la Instrucción 1/1983, de 6 de mayo, de esta Fiscalía General, se analizaron los requisitos más generales precisos para decretar la prisión provisional; ahora nos contraemos al examen individualizado de uno de ellos: el momento y las circunstancias requeridas para que proceda el acuerdo de la prestación de fianza, acto legitimador de la medida cautelar alternativa de la libertad provisional.

A) Presupuesta la existencia del juicio de probabilidad (*fumus boni iuris*) sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo (según el artículo 503.1.ª y 3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: que consten en la causa la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y motivos bastantes para creer responsable de él a la persona contra la que haya de dictarse el auto de prisión), el artículo 503.2.ª, a efectos de determinar la procedencia de la prisión provisional, atiende en primer lugar a un criterio abstracto —la gravedad de la pena— que puede flexibilizarse con el uso de la facultad judicial de señalar fianza si median algunas circunstancias enumeradas con carácter exhaustivo (art. 504, párrafo segundo); pero se prevé también la situación inversa: cuando la pena probable sea tan sólo la de prisión menor, puede acordarse la prisión provisional si el Juez la considera necesaria, atendidas las circunstancias del hecho y antecedentes del imputado, hasta que preste fianza (art. 503.2.ª, último inciso). En consecuencia, deben distinguirse estos dos casos:

a) Prisión provisional cuando el delito de que se trate tenga asignada pena superior a prisión menor (art. 503.2.ª, inciso primero). Existen límites a esta situación capaces de conducir a la libertad provisional. Uno es automático y otro discrecional.

— El límite que opera *ex lege* consiste en que la prisión provisional no excederá de la duración máxima que para la medida cautelar fija el artículo 504, párrafo tercero.

— El límite que se desenvuelve en el ámbito de la discrecionalidad está formado por las circunstancias expresadas en el artículo 504, párrafo segundo. El Juez o Tribunal «podrá acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado» (artículo 504, párrafo segundo, final).

b) Prisión provisional aún cuando el hecho denunciado sólo tenga señalada pena de prisión menor (artículo 503.2.ª, inciso segundo) pero lo juzgue necesario el instructor dadas las circunstancias del hecho y del imputado. Aquí también hay límites a la situación de prisión. Uno es el que se des-

prende de un dato puramente cronológico: no exceder del tiempo que marca el artículo 504, párrafo tercero; y el otro deriva de la prestación de una garantía, pues la prisión durará «hasta que preste la fianza que se le señale» (artículo 503.2.ª, final).

B) En consecuencia, lo mismo para los delitos más graves (pena superior a la de prisión menor) que en los menos graves (pena de prisión menor), la efectiva prestación de la fianza exigida es determinante de la libertad. Esta resolución puede tomarse, bien en el momento procesal de elevar la detención o prisión o bien *ad futurum*, porque las medidas de prisión o libertad están sometidas al principio *rebus sic stantibus* (artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero tanto la decisión inicial como su transformación posterior, no son facultades esencialmente discrecionales y potestativas, sino que deben ponderarse, con valoración estrictamente jurídica, todas las circunstancias que prevé la ley, esto es tanto las particulares referentes al autor y al hecho, como las generales con posible incidencia comunitaria (alarma producida, delitos de frecuente comisión). No puede considerarse legítimo un uso sistemático, inmoderado o arbitrario de la facultad discrecional capaz de contribuir indirectamente, con la libertad del imputado, a la nueva puesta en peligro de los mismos bienes jurídicos protegidos que se lesionaron con el hecho anterior.

Con las aludidas correcciones, la discrecionalidad conferida al Juez se puede manifestar no sólo en la apreciación de las circunstancias favorables (artículo 504, párrafo segundo) o adversas (artículo 503.2.ª, último inciso), sino también en el *quantum* de la fianza a prestar (artículo 531). De igual modo se halla en el radio de lo discrecional, el tiempo o momento en que deba ser sustituida la medida cautelar de prisión por la de libertad condicionada a la prestación de fianza. Es decir, que se adecuará al plano de la pura legalidad el hecho de dictar auto de prisión concurriendo las circunstancias del artículo 504, párrafo segundo, y pasado un tiempo prudencial y razonable dictar auto modificativo, porque la ley lo que indica al Juez es que ante tales circunstancias *puede* acordar la libertad con fianza, no que *deba*, imperativa e inexorablemente, en ese preciso instante disponer la libertad con fianza. Lo mismo sucede ante los supuestos abarcados por el artículo 503.2.ª, inciso último, ya que en él se parte, como medida directa y principal, de la prisión provisional «hasta que preste la fianza que se le señale, y ese momento —que tampoco está predeterminado— también lo fijará el Juez en ajustada apreciación de los hechos. En ambos casos (artículos 504 párrafo segundo y 503.2, final) el único límite no sujeto a discrecionalidad en el *dies ad quem* de la exigencia de fianza, es el derivado del plazo expreso en el artículo 504, párrafo tercero.

La única diferencia —y fundamental— entre los supuestos objeto de análisis, es que para los delitos cuya abstracta penalidad no exceda de prisión menor (artículo 503.2.ª, inciso final), la medida cautelar de prisión nunca podrá ser absolutamente incondicional, razón por la que, obviamente, se situaría en el área de los actos contra ley el hecho de mantener al imputado en esa situación —la de prisión provisional incondicional— durante todo el tiempo que expresa el artículo 504 párrafo tercero; ello significa que durante

el transcurso de ese plazo el Juez, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, deberá modificar el auto por otro en que acuerde la libertad provisional condicionada a la prestación de fianza. Pero, insistimos, tampoco impone el artículo 503.2.º, párrafo último, que en el auto inicial de prisión se fije ya la clase y cuantía de la fianza, habida cuenta, sobre todo, de que en ese momento, tan próximo al acto de apertura del proceso, no suele estar agotada la investigación, por lo que difícilmente puede delinearse la exacta tipicidad de la conducta. Todo lo que antecede resulta de los preceptos en vigor que —al derogar la Ley 16/1980, de 22 de abril— han vuelto a la redacción originaria del artículo 503.2.º, norma que siempre se había reputado, relativamente al tiempo de decidir sobre la fianza, como atributiva de discrecionalidad y no como manifestación de un criterio temporalmente automático.

C) En síntesis, para los autores de delitos más frecuentemente cometidos, la alternativa que sobre ellos se cierne de libertad o prisión, está condicionada por el ejercicio de una facultad sujeta a limitaciones que se atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Mas como para formar el *status* de sujeción que comporta la prisión provisional es circunstancia relevante la alarma que produce la reiterada comisión de ciertos delitos, el Ministerio Fiscal garante de una política positiva de defensa social, deberá procurar que las decisiones judiciales sobre prisión y libertad se ajusten a la interpretación dada; con ella quizás pudiera conseguirse la realidad del efecto intimidativo propio de la aplicación de la medida cautelar en sus justos términos, al tiempo que se evitaría la proliferación en libertad de delincuentes autores de pluralidad de delitos.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN MARZO-JUNIO
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

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

«La posible impunidad de algunos culpables no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1984. R. A. 287/82 —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 24,1

Indefensión

«En el artículo 24 de nuestra Constitución ocupa un lugar central y extraordinariamente significativo la idea de «indefensión». La interdicción de la indefensión que el precepto establece, constituye *prima facie* una especie de cláusula o fórmula de cierre. "Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", dice el mencionado precepto constitucional. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). De esta suerte la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 24. Existe, sin embargo, un concepto más estricto de indefensión de orden jurídico-constitucional, que la jurisprudencia de este Tribunal ha ido poco a poco perfilando. El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el artículo 24 de la Constitución permite y

obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico procesal de la indefensión. Ocurre así, porque como acertadamente se ha dicho, la idea de indefensión no puede limitarse, restrictivamente, al ámbito de los que pueden plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos. Por esto si bien el Derecho procesal, en aras de sus propias necesidades de estructuración de los procesos y para facilitar el automatismo y la tramitación de los procesos judiciales, presenta un contenido marcadamente formal y define la indefensión de un modo igualmente formal, a través, por ejemplo, de la falta del debido emplazamiento o de la falta de otorgamiento de concretos trámites o recursos, en el marco jurídico-constitucional no ocurre lo mismo. Como la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado en abundantes ocasiones, la indefensión no se produce si la situación en la que el ciudadano se ha visto colocado se debió a una actitud voluntariamente adoptada por él o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia. La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado en el artículo 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa—, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento. En el contexto del artículo 24 de la Constitución, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que, si se produce por vía legislativa, sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el artículo 53, y si se produce en virtud de concretos actos de órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto respecto de los cuales la sentencia debe suponer modificación de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales. No se encuentra en situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia de un proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra que conociéndola ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad. Tampoco hay indefensión si a quien interviene en un proceso se le limitan los medios de alegación y prueba en forma no sustancial para el éxito de las pretensiones que mantiene o aquella otra a quien se le limita la defensa a sus propios intereses sin permitirle la defensa de otros con los que los suyos estén en una conexión sólo indirecta o mediata.»

(Sentencia de 4 de abril de 1984. R. A. 182/83. —«BOE» de 25 de abril de 1984.— Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 24,1 Y 9,3

Tutela judicial efectiva. Principio de seguridad jurídica. Contradicción entre resoluciones dictadas por la jurisdicción laboral y la penal

«No puede aceptarse como irremediable una contradicción producida mediante el examen paralelo e independiente realizado por dos órdenes jurisdiccionales distintas respecto a la autoría de unos mismos hechos, sancionables en la vía penal y en la laboral. Es evidente, por el contrario, que a los más elementales criterios de la razón jurídica repugne aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9, número 3 de la C. E. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener por una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocida por el artículo 24, número 1, de la C. E., pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción.»

(Sentencia de 21 de mayo de 1984. R. A. 362/1983. —«BOE» de 19 de junio de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

«El derecho a la tutela judicial efectiva supone el de obtener una decisión judicial congruente con la pretensión deducida y fundada en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales establecidos para ello y al margen de que tal decisión sea o no favorable a la pretensión del actor.»

(Sentencia de 7 de mayo de 1984. R. A. 414 y 486/82. —«BOE» de 29 de mayo de 1984—. Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 24,2

Presunción de inocencia

«La presunción de inocencia es una presunción «*juris tantum*» que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio (las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados) el Juez puede dictar sentencia. La función de este Tribunal, cuando se alega la posible vulneración de la presunción de inocencia en un proceso penal, no es sustituir su criterio al del Juez en la valoración de la prueba practicada, sino verificar que ha existido ese mínimo de actividad probatoria de cargo en la que puede basarse la libre valoración del Juez.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1984. R. A. 287/82. —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Angel Latorre Segura.)

«Dentro del proceso ha existido una amplia actividad probatoria: declaración de los procesados y prueba testifical, documental y pericial, habiéndose incorporado asimismo al sumario distintas piezas de convicción. Una parte de dicha prueba ha de considerarse de cargo; tal ocurre con ciertas declaraciones de uno de los procesados y con las de varios testigos, a los que hay que añadir —como precisa el Tribunal Supremo— el hecho de que los billetes sustraídos del Banco, que estaban marcados, fueron encontrados en poder de los recurrentes y que la funda de la escopeta utilizada fuese hallada en el interior del coche alquilado para la huida. No cabe, por lo tanto, sostener que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia pues ha existido la mínima actividad probatoria de cargo precisa para desvirtuar dicha presunción.»

(Sentencia de 7 de mayo de 1984. R. A. 414 y 486/82. —«BOE» de 29 de mayo de 1984—. Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Derecho a la prueba

«La denegación de aquellas pruebas que el juzgador estime inútiles no supone necesariamente indefensión, pues tal facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como evitar dilaciones injustificadas del proceso, que podría alargarse a voluntad de cualquiera de las partes, vulnerando así el derecho de las otras a obtener un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 24,2 de la Constitución. Por eso el mismo principio constitucional se refiere al derecho a utilizar los medios de prueba "pertinentes".»

(Sentencia de 7 de febrero de 1984. R. A. 287/82. —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Angel Latorre Segura.)

V. sentencia de 7 de mayo de 1984. R. A. 414 y 486/82. —«BOE» de 29 de mayo de 1984, sobre pertinencia de la prueba, careos y celebración del juicio oral.

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Prejudicialidad penal. Contradicción entre resoluciones dictadas por la jurisdicción laboral y penal

«La exclusión de la prejudicialidad y la independencia respecto a la jurisdicción penal con que el juez laboral actúe, no se opone, por tanto, sino que más bien responde estrictamente a la determinación legal de la competencia judicial, y ello sin perjuicio de que en ciertos casos la resolución penal sea de algún modo vinculante para la resolución laboral y de la necesidad de solucionar dificultades que puedan derivarse del funcionamiento paralelo o independiente de procesos de uno y otro orden sobre unos mismos hechos, exigencias, no obstante, que derivarían de precepto constitucional distinto al primer inciso del artículo 24, número 2, de la C. E.».

El Tribunal Constitucional afirma que la cuestión planteada se resuelve en base al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica (v. la doctrina sentada por esta sentencia en artículo 24, números 1 y 93, número 3, C. E.).

(Sentencia de 21 de mayo de 1984. R. A. 362/1983. —«BOE» de 19 de junio de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

Consultar sobre esta materia: sentencia de 23 de febrero de 1984 —«BOE» de 9 de marzo de 1984— en artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 25

Principio de legalidad. «Non bis in idem». Contradicción entre resoluciones dictadas por la jurisdicción laboral y penal

La cuestión planteada alude a una supuesta contradicción entre resoluciones judiciales —unas dictadas por la jurisdicción laboral y otra por la jurisdicción ordinaria en materia penal— a propósito de unos mismos hechos. El Ministerio Fiscal sostiene que el problema ha de examinarse desde la perspectiva del principio "non bis in idem" en cuanto forma parte del contenido del principio de legalidad de las infracciones que concreta el artículo 25, número 1 de la C. E. Apoya su criterio en la doctrina afirmada por la sentencia número 77/1983, de 3 de octubre («BOE» de 7 de noviembre de 1983). En la sentencia invocada el problema planteado era el de la compatibilidad entre dos sanciones, una administrativa y la otra penal, problema al que se reduce en dicho supuesto el ámbito de operatividad del artículo 25, número 1, de la C. E., que "no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento vigente puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello". —Así se precisa en la sentencia de este Tribunal de 26 de julio de 1983, número 69/1983.

(Sentencia de 21 de mayo de 1984. R. A. 362/1983. «BOE» de 19 de junio de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44,1 B

Origen directo e inmediato de la violación en las resoluciones impugnadas

«El recurso de amparo contra actos u omisiones de los órganos judiciales no constituye una tercera instancia, y no es su finalidad ni puede serlo revisar los juicios de legalidad que pronuncien los Tribunales ordinarios ni entrar a conocer de los hechos que dieron lugar a que se produjeran los procesos, lo que prohíbe taxativamente el artículo 44 de la L.O.T.C. En este tipo de recursos la función del Tribunal Constitucional se circunscribe a determinar si se han producido en un proceso violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1984. R. A. 287/82. —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Angel Latorre Segura.)

III) CODIGO PENAL

ARTÍCULO 325

Falso testimonio

V. sentencia de 21 de mayo de 1984 sobre *valor del auto de sobreseimiento provisional* —artículo 789, número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV) LEYES ESPECIALES

Ley de 10 de diciembre de 1979, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, artículos 6.º y 7.º

Planteada cuestión de constitucionalidad por la Sala Segunda del Tribunal Supremo basada en que la Ley de Control de Cambios «al establecer una serie de delitos tipificados en el artículo 6.º y estableciendo las penas correspondientes en el artículo siguiente, tenía que revestir el carácter de Ley Orgánica, conforme a los cánones establecidos en el artículo 81 de la Constitución, toda vez que el principio de legalidad establecido en el artículo 25,1 de la misma así lo exigía», el Tribunal Constitucional declaró que los artículos 6.º y 7.º de la Ley 40/1979 no se oponen a las exigencias del artículo 25,1 de la Constitución en relación con el artículo 81,1, no siendo inconstitucionales por razón de esta conexión; afirmando en el Fundamento jurídico segundo «... el artículo 25,1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y se refiere a la exigencia de que nadie puede ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo. La "legislación" en materia penal o administrativa se traduce en la "reserva absoluta" de ley. Ahora bien, que esta reserva de ley orgánica es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81,1 con el mencionado artículo 25,1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81,1 y que requiere ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los "derechos fundamentales" un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar.»

(Sentencia de 23 de febrero de 1984. Cuestión de inconstitucionalidad 333/83. —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«El problema suscitado acerca de la inconstitucionalidad de los artículos 6.º y 7.º de la Ley 40/1979 se refiere al carácter no orgánico de la Ley y no respecto al contenido de tales preceptos, el primero de los cuales —artículo 6.º— tipifica los delitos monetarios y el segundo establece las penas aplicables las cuales son en unos casos privativas de libertad y multa (artículo 7.º,1, 1.º, 2.º y 3.º) y en otro de multa (artículo 7.º,1, 4.º), pues la posible inconstitucionalidad formal plantea problemas de tipo general en relación a todos los derechos fundamentales, cual es el alcance de su regulación por Ley Orgánica, y el relativo a sí se comprende en el ámbito de los derechos fundamentales la garantía de su regulación por un determinado tipo de Ley... La necesidad de Ley Orgánica, en la hipótesis de que fuera procedente, no derivaría del artículo 17,1 de la C. E. para las penas de multa no privativas de libertad, por lo que el procesamiento podría haberse acordado en todo caso en aplicación de la Ley 40/1979 y en relación al artículo 25, el Tribunal ha resuelto en su reciente sentencia del Pleno de 23 de febrero de 1984 que del mismo no deriva la necesidad de Ley Orgánica en materia de legalidad penal. En consecuencia, resulta que el auto de procesamiento, en cuanto tal, no vulnera los derechos fundamentales contenidos en los artículos 17 y 25 de la Constitución.

(Sentencia de 8 de marzo de 1984. R. A. 135/83. —«BOE» de 3 de abril de 1984—. Ponente: Rafael Gómez Ferrer Morant.)

V) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 114

Prejudicialidad penal

En relación con la exclusión de la prejudicialidad y la independencia respecto a la jurisdicción penal con que el juez laboral actual, en aplicación del citado artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del párrafo primero del artículo 77 de la Ley de Procedimiento Laboral, v. sentencia de 23 de febrero de 1984 —«BOE» de 9 de marzo de 1984— y sentencia de 21 de mayo de 1984 —«BOE» de 19 de junio de 1984— sobre *derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley* —artículo 24, número 2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

V. Sentencia de 7 de febrero de 1984 sobre *presunción de inocencia* —artículo 24,2 de la C. E.

«Es a los mencionados órganos judiciales (Tribunal de Instancia y Tribunal Supremo) a quienes corresponde valorar el significado y trascendencia de la prueba en orden a la fundamentación del fallo. Los principios de independencia judicial y de exclusividad de la potestad jurisdiccional (artículo 117 de la Constitución) y de libre apreciación de la prueba (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), así como la propia naturaleza del recurso de amparo que no ha sido configurado como una nueva instancia revisora, impiden al Tribunal Constitucional entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso y enjuiciar la valoración que de los mismos hicieron los órganos judiciales a efectos probatorios.»

(Sentencia de 7 de mayo de 1984. R. A. 414 y 486/82. —«BOE» de 29 de mayo de 1984—. Ponente: Gloria Begué Cantón).

ARTÍCULO 784, regla 5.^a

Intervención de las compañías aseguradoras de vehículos de motor. Seguro obligatorio

Sumario. Juicio de faltas

«Cuando en la fase sumarial se ha dado cumplimiento a la regla quinta del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hay una suficiente oportunidad procesal de intervenir en él, especialmente en aquellos casos en lo que está en juego el seguro obligatorio de vehículos de motor... El derecho y el interés de las compañías de seguros en materia de seguros de vehículos de motor, se limita a su obligación de pagar la indemnización y, por ello, a discutir tal obligación en relación con una regular vigencia de un contrato de seguros, pues sólo si el seguro no existiera o derivada del contrato una excepción al pago la compañía podría liberarse de su obligación. En materia de seguros voluntarios, poseen, además, interés en la fijación del *quantum* de la indemnización... En un juicio de faltas, por sus especiales características, no se puede dar cumplimiento a los artículos 784 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal..., para preservación del derecho constitucional lesionado de la compañía de seguros sería suficiente la audiencia

contradictoria sobre la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil y en virtud de él, la obligación de pago». Reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha mantenido la limitada intervención en el seguro obligatorio de las compañías de seguros, y la sentencia de 8 de febrero de 1982 —número 4/1982— del Tribunal Constitucional denegó que esa interpretación fuese contraria al artículo 24,1 de la Constitución.

(Sentencia de 4 de abril de 1984. R. A. 182/83. —«BOE» de 25 de abril de 1984—. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 789, número 1

Valor del auto de sobreseimiento provisional

«El auto de sobreseimiento provisional dictado conforme a lo previsto en el segundo inciso del artículo 789, número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene valor puramente provisional y no impide la reapertura de las actuaciones si aparecieran nuevos elementos de prueba. Incluso cabe advertir que, según doctrina afirmada por este Tribunal Constitucional en su sentencia número 34/1983, de 6 de mayo («BOE» de 20 de mayo de 1983), el auto de sobreseimiento provisional tiene el mismo carácter que el sobreseimiento firme a los efectos de no impedir al sobreseído reaccionar en vía judicial frente a las acusaciones que dieron lugar al proceso penal, si las tuviese por falsas.»

(Sentencia de 21 de mayo de 1984. R. A. 362/1983. —«BOE» de 19 de junio de 1984—. Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

ARTÍCULO 849,1

Recurso de casación por infracción de ley. Condena por delito más grave en la casación

«En el cambio de calificación de los hechos que la Audiencia consideró falta y el Tribunal Supremo estima delito, no puede verse ninguna vulneración de garantía constitucional susceptible de amparo. El solicitante de amparo fue acusado de unos hechos que el Tribunal de instancia consideró probados. En la vista oral esos hechos fueron calificados como constitutivos de un delito de imprudencia por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, teniendo, por tanto, plena ocasión de defenderse contra tal acusación. El acusador particular interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, motivo que apoyó el fiscal por entender precisamente que los hechos declarados probados estaban tipificados en el artículo 565,1 y 5 en relación con el artículo 407 y constituían, por tanto, delito y no falta, por lo que se había infringido un precepto penal de carácter sustantivo, lo que es motivo de casación por infracción de ley, de acuerdo con el antes citado artículo 849,1. La calificación más grave pudo ser también debatida por las partes en el acto de la vista del recurso. El Tribunal Supremo acogió ese motivo, rectificó la calificación de acuerdo con lo pedido por la acusación y aumentó en consecuencia la pena. Todo ello se mueve en el ámbito de la legalidad ordinaria, sobre cuya aplicación, como tantas veces se ha recordado, no puede pronunciarse este Tribunal.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1984. R. A. 287/82. —«BOE» de 9 de marzo de 1984—. Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULOS 659, 451, 455, 729-1.º y 801, párrafo 3.º

Pertinencia de la prueba. Careos. Celebración del juicio oral

«La denegación de una prueba concreta no constituye base suficiente para fundamentar la demanda de amparo, pues el propio precepto constitucional exige que sea pertinente, y la declaración de su pertinencia o impertinencia corresponde, según el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los Tribunales penales en juicio de legalidad. A ello hay que añadir el carácter discrecional que tal prueba ostenta (artículo 451 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siendo potestativo del juez la celebración de los careos aun sin mediar solicitud de las partes (artículo 729-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y sí carácter subsidiario dado que, de acuerdo con el artículo 455 de la mencionada Ley, sólo se practicarán cuando no fuese conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. A los Tribunales ordinarios —y no al Constitucional— corresponde efectuar dicha comprobación y determinar si la prueba existente es suficiente para deducir de ella la culpabilidad de los procesados. Por tanto, la negativa del órgano judicial a admitir los careos no constituye una vulneración del artículo 24,2 de la Constitución. Tampoco constituye una falta de las garantías procesales constitucionalizadas en el precepto citado el hecho de que se hubiese celebrado el juicio oral sin la comparecencia de alguno de los procesados —lo que frustró los posibles careos y un interrogatorio cruzado entre los mismos—, pues tal decisión, adoptada con la conformidad del Ministerio Fiscal y apoyada en la facultad que la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al órgano judicial en su artículo 801, párrafo tercero, no tuvo carácter arbitrario, sino que fue provocado por los propios procesados, quienes con su conducta habían dado ya lugar a varios señalamientos previos. Por otra parte, una nueva suspensión del juicio oral en estas circunstancias hubiese supuesto una dilación injustificada en contra de lo expresamente dispuesto en el mencionado precepto constitucional.

(Sentencia de 7 de mayo de 1984. R. A. 414 y 486/82. —«BOE» de 29 de mayo de 1984—. Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Dolo: elementos y extensión. Comprende la conciencia de la antijuridicidad.

«El dolo consiste, según reiterada doctrina jurisprudencial en el conocimiento y la voluntad del hecho punible. Conocimiento de la esencia y dimensión material de los actos que se realicen, su significación ilícita o antijurídica al encontrarse la conducta en clara oposición al derecho; voluntad de aceptar sus consecuencias, de dirigirle al malquehacer delictivo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984.)

Artículo 1. Relación causal: teoría de la consecuencia natural. Causa eficiente.

«Que llegados a este punto de delimitación del nexo causal, cabe aplicar la conocida doctrina de la **consecuencia natural** mantenida por la jurisprudencia, según la cual si la falta de asistencia guarda estrecha conexión con el acto delictivo, hasta constituir en cierto aspecto, elemento o circunstancia del mismo, como sucede con el tiempo y lugar de ejecución, habrá de afirmarse la subsistencia del resultado mortal como consecuencia natural de la conducta del reo (Sentencias de 10 de mayo de 1873, 6 diciembre de 1884, 4 julio 1905, entre las antiguas y de 13 de junio de 1972 y 30 de marzo de 1973 entre las modernas), de modo que si las condiciones sobrevenidas sólo son favorecedoras de la causa principal, tales eventos posteriores no tendrán virtualidad bastante para romper la relación causal de aquella primera y eficiente condición, que es lo que ocurre en el caso de autos en que se asienta por el «factum» como causa propiamente dicha del óbito **la hemorragia consiguiente al desgarró por traumatismo (inferido por los procesados) del riñón derecho de la víctima**, aparte los politraumatismos igualmente ocasionados por los autores del atroz castigo al interfecto, por lo que no se puede pretender que las circunstancias subsiguientes que contribuyeron al fatal desenlace, singularmente la falta de una asistencia puntual y correcta del lesionado, tengan fuerza bastante para borrar aquel poderío de la señalada **causa efficiens**, si se piensa, de acuerdo con la doctrina ju-

risprudencia apuntada, que tal falta de asistencia adecuada, dadas las circunstancias de lugar y tiempo, son inherentes de algún modo al propio acto delictivo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984.)

Artículo 1. Imputación objetiva del resultado: categoría que pertenece a la tipicidad.

«Que una sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1981 señaló, con receptividad hacia las construcciones más recientes de la dogmática penal, que la responsabilidad penal exigía no sólo la constatación de la relación causal según la teoría de la equivalencia de condiciones, sino también la imputación objetiva del resultado utilizando a este fin el criterio de la adecuación, y una sentencia posterior de 5 de abril de 1983 insistía en la misma distinción conceptual entre la relación causal e imputación objetiva, añadiendo al criterio de la adecuación, el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, los de incremento o disminución del riesgo o el fin de la protección de la norma, con especial énfasis —se agrega ahora— en la teoría de la relevancia que enmarca aquella idea de la adecuación, como criterio de restricción de la relevancia jurídico-penal de las acciones, en los límites de la concreta tipicidad; y junto a la imputación objetiva del resultado que se desplaza, en esta nueva construcción, del concepto penal de la acción al área de la tipicidad, debe examinarse, en el trance de exigir responsabilidades de índole penal, la imputación subjetiva, pues sin dolo o culpa —generaliza el artículo 1.º del Código— ninguna acción es punible.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1984.))

Artículo 8, 1.º Trastorno mental transitorio. Requisitos y presupuestos. No es necesario un fondo patológico.

«Abandonada ya la exigencia de un fondo u origen patológico, el trastorno mental transitorio, puede proceder: a) de una dolencia mental subyacente, constituyendo una exacerbación repetitiva y explosiva de la misma, la que, mediante una reacción en cortocircuito o «pacto al acto», nubla el entendimiento del sujeto o le priva de sus facultades volitivas; b) de un estado de embriaguez plena y fortuita; c) de la ingestión o inhalación de sustancias estupefacientes que, con el mismo origen fortuito, produzcan plenitud de ofuscación u obnubilación del entendimiento o de privación y abolición de la voluntad del agente, y d) de estímulos tan poderosos que hayan desencadenado un arrebató u obcecación de tal magnitud e intensidad que, excediendo de los límites de la simple atenuación, la pasión o la emoción estéticas que embargan al sujeto activo, le privan de sus facultades cognitivas o de las volitivas, determinando su absoluta y total inimputabilidad. Siendo los requisitos, del citado trastorno mental transitorio, expuestos sucintamente, los siguientes: 1.º) aparición brusca, repentina y fulgurante; 2.º) irrupción inopinada y poderosa en la mente del trastornado, produciendo la

abolição momentánea de su entendimiento o raciocinio o la de su voluntad —«determinación autónoma del yo» o «potencia anímica que permite, tras un proceso mental, decidirse»— 3.º) breve duración; 4.º) curación sin secuelas o, en su caso, retorno a los niveles de discreción de su insania anterior; y 5.º) que no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, es decir, que no se aprecie preordenación al delito.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984.)

Artículo 8, 2.º. Minoría de edad penal. Admisión del recurso de revisión.

«Que procede estimar el recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal y declarar la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción de Reus en el procedimiento núm. 22 de 1982, de fecha 14 de mayo de dicho año, ya que mediante la oportuna certificación de nacimiento y demás diligencias practicadas quedó probado que el inculpado, en el momento en el que realizó el hecho por el que fue condenado tenía la edad de quince años, por lo que era penalmente irresponsable habiéndose producido la indebida condena por una serie de circunstancias que indujeron a error sobre la edad del procesado.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1984.)

Artículo 8, 4.º. Legítima defensa. Exceso extensivo. La inicial presencia de una legítima defensa desaparece si existe un posterior exceso extensivo.

«Que, dejando a un lado los prolegómenos del suceso que se relata en el «factum» de la resolución recurrida, y sin olvidar el distanciamiento y hostilidad existente entre ambos protagonistas del hecho punible, y a los que se refiere la mencionada narración histórica, en la dinámica comisiva de autos pueden distinguirse dos etapas claramente diferenciadas; en la primera de ellas, el acusado, al regresar a su domicilio, a las 2,30 horas del día de autos —hora y media después del último incidente acaecido entre ambos—, advirtió la actitud «francamente amenazadora y peligrosa para su persona» del después interfecto, el cual le aguardaba, «para desahogar sus anhelos de venganza, en las proximidades del referido domicilio, apostado y semioculto tras un automóvil estacionado, y provisto de un cuchillo de 19 centímetros de hoja y 15 de empuñadora y de una piedra de dos kilogramos de peso, anticipándose, el procesado, a la presunta acción agresiva de su contricante, dirigiéndole varios disparos con la carabina de que era portador, cuyos disparos alcanzaron al individuo en cuestión «dando en tierra» con él, quien se hallaba herido levemente dado que los impactos no fueron mortales de necesidad; y, en la segunda, el imputado, yacente en el suelo su rival, sin duda exánime e inermes, se acercó a él y, con la culata de la carabina, le golpeó y machacó repetidamente la cabeza contra el suelo «hasta el extremo de romper el arma», originándole lesiones que, esta vez, fueron mortales. Pues bien, en la primera secuencia, no es necesario acudir a la figura de la legítima defensa putativa o la del exceso putativo en los medios, ni alegar la creencia errónea

e invencible del acusado respecto a la agresión ilegítima de que iba a ser sujeto pasivo, pues, dicha agresión, si no actual o ya producida era inminente, manifestándose de modo real, grave y patente, siendo sabido, y así se infiere de la frase legal «para **impedirla** o repelerla» que, el ataque o acometimiento injusto que caracteriza a la legítima defensa, no es indispensable que ya se haya perpetrado, siendo de absoluta licitud que, el destinatario del ataque inminente, se adelante a él enervándolo o imposibilitándolo, sin que pueda exigirse a nadie que, impasible e imperturbable, como víctima propiciatoria destinada a la inmoliación, permita que, el atacante, materialice sus acciones ofensivas, para entonces, y después de ellas, quizá ya tardía e inútilmente, reaccionar defensivamente; así: pues, en esa primera etapa, la «necessitas defensionis» era evidente, patente el «animus defendendi» con que procedió el acusado, y de innegable concurrencia los demás requisitos de la eximente 4.ª del artículo 8 del Código penal, de tal modo que si, el reo, se hubiera abstenido de proseguir la dinámica comisiva, hubiera sido de indispensable y procedente aplicación la referida exención. Pero, esto no obstante, en la segunda secuencia, alcanzado, el ofendido por varios disparos realizados por el acusado con su carabina, yacente en el suelo y malherido, aunque no mortalmente, toda posibilidad agresiva había cesado y se había extinguido, con lo que al acercársele, el imputado, y machacarle la cabeza con la culata de su carabina, la «necessitas defensionis» no subsistía y el «ánimus defendendi», que inicialmente, y de modo incontestable, concurrió, fue sustituido por un afán vindicativo o, al menos, por una exteriorización de resentimiento y de odio, produciéndose una hipótesis del denominado **exceso extensivo o impropio** que, según declaración incesante de este Tribunal —véanse v. g., Sentencias de 21 de octubre de 1976 y 20 de marzo de 1982—, impide la estimación de la eximente de legítima, tanto de modo completo como incompleto, sin que, por lo demás, los datos de naturaleza objetiva insertos en el relato fáctico de la sentencia recurrida, permitan estimar acreditado, ni siquiera de modo intuitivo que, el acusado, después de abatir a su antagonista, se encontrara en la creencia errónea, invencible, de que las posibilidades agresivas del después fallecido no habían cesado y que todavía se hallaba éste en situación de materializar un acometimiento o ataque que, desde luego, se proyectó o planeó inicialmente, pero que no llegó a fructificar o producirse merced a la diligencia y anticipada defensa del acusado, no pudiéndose tampoco estimar suficientemente demostrado que, el mentado imputado, creyera erróneamente que los medios empleados para neutralizar a su oponente eran los adecuados y proporcionados a la languideciente y problemática continuación agresiva del mismo, Siendo imperativo por consiguiente la desestimación del segundo y último motivo del recurso.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1984.)

Artículo 8, 4.º. Legítima defensa putativa. Error sobre la prohibición.

«Que la legítima defensa putativa —el último vocablo procede del verbo latino, «puto, putas, putare»—, como las demás eximente de la referida índole, supone un desplazamiento desde la objetividad característica de las causas de justificación o de exclusión del injusto hacia metas de inculpabilidad propias de otras causas de exoneración criminal, tales como el miedo insuperable o la inexigibilidad de conducta, si bien, de ordinario, y, ante la imposibilidad de incardinar el supuesto en el artículo 8 del Código penal, se acudía al artículo 1 del mismo interpretado «a sensu contrario», sosteniéndose que cuando, el agente se halla firmemente convencido de la existencia real —siquiera sea erróneamente— y actual o inminente de una agresión injustificada, y cree obrar legítimamente y con arreglo a Derecho el evitarla o repelerla, concurre un supuesto de error de prohibición —distinto del antiguo «error facti»— que volatiliza el elemento intelectual del dolo puesto que, en el sujeto pasivo falta el indispensable conocimiento de la significación antijurídica del hecho, debiéndose añadir: a) que unas direcciones doctrinales requieren que, el error, para ser relevante y exonerativo, recaiga exclusivamente sobre la realidad y actualidad o inminencia de la agresión ilegítima, mientras que otros sectores, mantienen que, el error antedicho, puede excusar gravitando sobre los otros dos requisitos de la legítima defensa, esto es, sobre la racionalidad y proporcionalidad del medio o sobre la falta de provocación por parte del que se defiende; b) que si el error es invencible, la inculpabilidad será absoluta por aplicación, como ya se ha dicho, del artículo 1 del Código Penal, y si es vencible, se estimará culposa la perpetrada infracción, estableciendo una jerarquización —párrafo primero del artículo 565 del Código penal, párrafo segundo de dicho artículo o núm. 3 del artículo 586 del mismo cuerpo legal— ajustada a la mayor o menor disculpabilidad del error y a que, la omisión de la diligencia debida para disipar la referida equivocación, haya sido más o menos acusada; y c) que, de todos modos, en estos casos de exoneración por inculpabilidad dimanante de una causa de justificación se ha de proceder con extraordinaria cautela y sumo cuidado, pues de otra suerte, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que el sujeto activo, se parapete o abroquele o encuentre un escudo protector y una excusa o subterfugio exculpatorio, alegando un error que, albergado y oculto en el interior de su intelecto, sólo debe extenderse verosímil, y hasta verdadero, cuando los actos exteriorizativos de su interiorizada mente así lo acrediten, y cuando, tras el estudio de todas las circunstancias concurrentes en el caso, se entienda que, cualquier persona media y perteneciente al entorno socio-cultural de los protagonistas del suceso, hubiere incidido en la misma equivocación e interpretado y juzgado de idéntico modo los actos que, en su caso, hubiera realizado el supuesto agresor, así como las circunstancias concurrentes en el curso del evento.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984.)

Artículo 9, circunstancias 1.ª y 10.ª La drogadicción puede generar una eximente incompleta de trastorno mental transitorio o una atenuante analógica.

«Que se ha insistido por esta Sala en que la drogadicción, como fenómeno patológico de nuestro tiempo, provocada por la ingestión constante y reiterada de estupefacientes o drogas, crea en el consumidor un hábito que pronto deriva a la dependencia de la droga y que, desde el punto de vista de la imputabilidad puede ser plena o semiplena, según el grado que la ingestión produzca y sin que sean de desdeñar los casos carenciales o de abstinencia y que han sido tenidos en cuenta por esta Sala en supuestos en que su concurrencia era clara y evidente, en tanto en cuanto suministraba una base de hecho en el resultando correspondiente que podía generar una atenuante analógica (Sentencias de 17 y 21 de enero, 26 de febrero, 18 de mayo y 27 de septiembre), o incluso, y si se daban los supuestos o soportes de hecho ya señalados, una eximente incompleta encuadrada jurídicamente como trastorno mental transitorio en el número 1.º del artículo 9 en relación con el mismo número del artículo anterior (Sentencia de 21 de mayo de 1983).» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984.)

Artículo 9, circunstancia 4.ª Condición sobrevenida. Apreciación de la atenuante de preterintencionalidad en unas lesiones.

«Que realmente el Tribunal se encuentra ante un caso de condición sobrevenida, que cuando entra en el ámbito de las complicaciones previsibles y naturales en el curso de una curación de las lesiones, infección, tétanos, pulmonía, gangrena, no altera el curso causal de acción y resultado, por no ser extraña, ni independiente de manera total al hecho en sí, sino posible, probable y previsible. Ello, no obstante, el Tribunal de Instancia, con criterio plausible al interferir en los hechos, el concepto que la infección se produjo «por causas que no constan» apreció con buen criterio, la atenuante 4.ª del artículo 9.º del Código penal, preterintencionalidad, de tan excepcional aplicación en las lesiones, porque en su concepto, que debe ratificarse en este recurso, es que el agente quiso herir, mas no quiso la infección; y aún más la consideró la atenuante como muy cualificada, lo que le permitió imponer la pena en el grado más inferior, para las señaladas al delito de lesiones. Razones todas que conllevan a desestimar el recurso.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1984.)

Artículo 9, circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación. Presupuestos.

«Que por arrebato ha venido entendiendo la jurisprudencia la emoción súbita y de corta duración al paso que la obcecación se ha entendido como pasión más duradera o de cierta permanencia (Sentencias de 28 de enero y 10 de febrero de 1982), y, en términos de mayor concreción, la última doctrina jurisprudencial ha formulado, para la atenuante 8.ª del artículo 9 del

Código penal, los siguientes requisitos: a) que sean susceptibles de detectar estímulos capaces de producir anomalías psíquicas en el agente que influyan en la dinámica comisiva del delito; b) que tales anomalías tengan como contenido un estado pasional equiparable al furor o cólera, como ocurre con el arrebató o de turbación u ofuscación de cierta persistencia, como sucede en la obcecación, pero con la suficiente entidad ambas de disminuir el intelecto o la voluntad; c) que la causa determinante de los estímulos proceda de la víctima, toda vez que las que sean ajenas a ésta han de encontrar su adecuado encaje en otras circunstancias; y, d) que los citados estímulos no sean repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social en cuyo entorno se realizan los hechos (Sentencias de 25 de enero, 10 de febrero, 18 y 20 de mayo, 30 de septiembre y 6 de octubre de 1983), siendo de destacar, a los efectos que ahora interesan, y como ya apuntó la última de las sentencias indicadas, que ésta atenuante no se ha establecido para privilegiar, indiscriminadamente, reacciones pasionales o coléricas debidas a temperamentos violentos o irritables, sino a aquellas reacciones debidas a estados emocionales provocados por estímulos potencialmente suficientes para provocar tal reacción.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1984.)

Artículo 10, circunstancia 15. Reincidencia. Tras la reforma de 1983 no es posible reputar al procesado al mismo tiempo reiterante y reincidente.

«Después de la reforma de 25 de junio de 1983, la reincidencia no se bifurca en dos ramas —genérica o reiteración y específica o reincidencia por antonomasia—, y, por consiguiente, no es posible reputar, al procesado, al propio tiempo reiterante y reincidente, es decir, que es desacertado,, después de dicha reforma, apreciar la concurrencia de ambas circunstancias agravantes como si se tratara de dos títulos independientes destinados a acentuar la gravedad de las penas imponibles, siendo imperativa en consecuencia, la estimación de este sobrevenido motivo de casación.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1984.)

Artículo 14, número 1.º Coautoría: la estructura de la coautoría está basada en la interdependencia funcional entre cada uno de los que intervienen en el proceso directo de ejecución del delito.

«El tipo de autor está representado por quien ejercita el núcleo del tipo, a la par que la realización de conductas periféricas configuran las distintas formas de participación (no se olvide el principio cardinal que carga el acento en el sentido de que el problema o estructura de la coautoría está basado en el principio de la división del trabajo o si se quiere, en la interdependencia funcional entre cada uno de los que intervienen en el proceso directo de ejecución del delito.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1984).

Artículo 14, número 2.º Agente provocador: delimitación conceptual. La estructura contradictoria de su comportamiento. Vinculación con el tema del delito provocado.

«Desde el punto de vista semántico la expresión de agente provocador apareció en la bibliografía especializada a mediados del siglo pasado, como fiel expresión de la que por los franceses venía denominándose **agent provocateur**, entendiéndose por tales, en términos generales, a quienes incitaban a cometer un determinado delito o se convertían en artífices para la creación de determinadas circunstancias fácticas que impulsaran a otro u otros a ejecutarlo, pero bajo el signo de un fin contrario al que en apariencia se aspira con la acción provocadora; es decir, el agente provocador induce a otro a cometer el delito o, de modo eficiente, contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, con lo que, formalmente al menos, su conducta es relevante a efectos penales, siendo de destacar que la doctrina acepta, de modo acorde y unánime, que bajo la denominación de agente provocador se encuadran tanto las actividades promovidas por los órganos de la policía como las de un particular (...). Que ya en este orden de ideas, lo que realmente interesa no es tanto en determinar y concretar la posible responsabilidad del agente provocador, sino en el de precisar en qué circunstancias y bajo qué condicionamientos, el provocado debe quedar exento de pena en tanto en cuanto ha actuado bajo la presión y ascendiente de un funcionario de policía, tema que encuentra su adecuada conexión con la doctrina elaborada por esta Sala para supuestos semejantes, pues que bajo la rúbrica de **delitos provocados** se da entrada, entre otros tantos, a los casos en que el hecho ha sido suscitado o instigado por un miembro de la policía, con el fin de desenmascarar a un delincuente o toda una trama criminal como los canales de distribución y comercialización de sustancias que vienen siendo el objeto delictivo en los delitos permanentes, como ocurre con el tráfico de drogas, Sentencias de 22 de junio de 1950, 27 de junio de 1967, 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1984.)

Artículo 14, número 2.º No es agente provocador el miembro de la Guardia Civil que interviene en el tráfico de drogas con el fin de poner al descubierto acciones que ya venían produciéndose con anterioridad.

«No puede tildarse de agente provocador, con la consiguiente despenalización de la conducta del supuestamente inducido, en quien, como miembro de la Guardia Civil adscrito al servicio de tráfico de estupefacientes y siguiendo las oportunas órdenes de la superioridad consigue contactar con dos adictos a la heroína para que le pusieran en contacto con la persona o personas suministradoras de la droga, presentando así al hoy recurrente, P., quien, a su vez, facilitó el nombre de dos traficantes que de tiempo atrás venían dedicándose al suministro de drogas por los canales de distribución

que ya tenían preestablecidos y que, a la postre, fueron aprehendidos, ya que aquel agente no actuó bajo los estigmas caracteriológicos del agente provocador, sino como simple funcionario encargado del seguimiento de una acción delictiva que ya venía practicándose y con el sólo fin de ponerla al descubierto, decayendo así el primero de los motivos del recurso del citado P. y el único del articulado por el otro procesado, E. P., uno de los traficantes que acudió con la droga al lugar convenido para concertar la venta según había convenido con el mediador, así como por el otro encartado, también situado en el fin de la cadena de distribución y en que, todos ellos, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncian la infracción del artículo 344 del Código penal, cuando es lo cierto que estos dos últimos fueron aprehendidos cuando portaban la droga para su venta al agente de servicio y el primero sirvió de intermediario.» (Sentencia de 8 de junio de 1984.)

Artículo 15 bis. Responsabilidad por los delitos cometidos en nombre o representación de una persona jurídica.

«Si bien en el orden punitivo no se ha llegado a la tesis de la responsabilidad de la persona moral o jurídica, se hace responsable de los actos de aquélla a los órganos que la gobernaron y a quienes los actos han de imputarse, criterio seguido con harta frecuencia y sin desvíos y que en evitación de provocar discusiones sobre la evidencia misma ha encontrado su normativización al incorporarse al Código penal la norma del artículo 15 bis, por mor de la Reforma Parcial y Urgente del mismo llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, que criminaliza y condena a «el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984.)

Artículo 16. Complicidad omisiva. Situación de pasividad que facilita el resultado.

«Si bien es cierto, que es susceptible de apreciarse el elemento subjetivo del «animus adjuvandi» o «pactum scaeleris», derivado de los supuestos fácticos de forma tácita, ya que ambos no hicieron oposición alguna al conocimiento que tenían de que el arma era portada por el otro procesado, y de que previamente sabían de que por cualquier procedimiento éste se haría con el hachís («se quedaría con él como fuera» dice la sentencia), y que, en su presencia, se apoderó de la droga e hizo el disparo contra la víctima y que ambos ayudaron al transporte de la misma para hacerla desaparecer, también se pone de relieve, de modo claro y evidente, que su forma de intervención derivada de estos supuestos, es la de una omisión comisiva, pues

de acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencias 10-4-81, 10-12-82 y 28-10-1983), se situaron en una situación de pasividad necesaria para facilitar al menos el resultado de la muerte, que tiene encaje en él artículo 16 del Código penal determinante de la responsabilidad penal de ambos en concepto de cómplices, pues en el momento del apoderamiento aceptaron la adquisición ilegítima de la droga y no hicieron nada para evitar, al menos empleando la disuasión debida y posible de hacer, para que el otro procesado no hiciera el disparo contra la víctima.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984.)

Artículo 24. Retroactividad de la ley más favorable. No existe delito de falsedad en documento público, aunque se falte a la verdad en la narración de un hecho que la nueva legislación considera intrascendente.

El procesado otorgó testamento abierto ante notario, y faltando a la verdad, dijo tener una hija fuera del matrimonio, pero concebida en estado de viudedad, circunstancia ésta que resultó ser falsa. El Tribunal de Instancia apreció un delito de falsedad en documento público (artículos 303, en relación con el 302, 4.º y 318), pero el Tribunal Supremo casa la sentencia al considerar que «la Constitución Española de 1978 proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (artículos 14 y 39,2), y la Ley de 13 de mayo de 1981, fiel a esta declaración constitucional, dio nueva redacción al Título V del Libro I del Código civil, estableciendo en su artículo 120 que la filiación no matrimonial quedaría determinada legalmente —en cuanto al padre— por el reconocimiento o por decisión jurisdiccional, permitiendo a todo progenitor reconocerla con independencia de su «status» matrimonial, y esta conclusión —en la legalidad vigente privaría de tipicidad penal a los hechos perseguidos por cuanto la declaración de haber procreado a la hija en estado de viudez no pasaría de ser una mendacidad sin trascendencia penal en cuanto inocua para alterar o afectar a la relación jurídica de filiación, con sujeción al brocado «falsitas non puniuntur quae non erat apta nocere», que en la doctrina de esta Sala se ha traducido en la exigencia, común a todas las modalidades de falsedad, que la conducta manifieste la existencia de una mutación «esencial» de la verdad (Sentencias de 9 de mayo de 1956, 23 de noviembre de 1957, 6 de noviembre de 1958 y 2 de marzo de 1970, entre otras) (...). Que como el documento público (...), testamento abierto de 14 de octubre de 1980, se inscribe temporalmente después de la vigencia de la Constitución de 1978 y antes de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 si se entendiera que el Texto constitucional, como sugiere un conspicuo sector doctrinal y propicia resueltamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, era en este punto —principio de igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación— de aplicación directa e inmediata sin necesidad de legislador ordinario, la tipicidad penal de los hechos sería insostenible por la razón ya apuntada: la inveracidad cometida en la narración del documento notarial no podría ser calificada de esencial; pero si se patrocinara el criterio, también apoyado en cierta corriente doctrinal y en alguna declaración jurisprudencial «vide»

Auto de 26 de noviembre de 1979 de la Sala 1.ª de este Tribunal), de no ser vinculante aquella norma constitucional hasta su desarrollo legislativo, entonces no habría otra solución para llegar a la conclusión propuesta que acudir al principio de retroactividad de las leyes favorables que tiene su más importante valedor en el artículo 9.3 de la Constitución Española, en la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, que otorga eficacia al reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior tuviese la condición de hijo ilegítimo no natural, y en el principio expresamente formulado en el artículo 24 del Código penal, que alcanza en sus efectos a las disposiciones no penales llamadas a integrar una disposición penal. (Sentencias de 13 de diciembre de 1966, entre otras varias); retroactividad avalada además por razones de justicia material, pues no sería justo mantener una condena sobre la base de unas concepciones jurídicas —la discriminación entre los hijos extramatrimoniales— no profesadas por el Legislador y repudiadas por la conciencia social del momento. Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo de casación —sin hacer referencia al segundo por su carácter subsidiario—, que cita la aplicación indebida del artículo 303 en relación con el 302.4.º, e inaplicación del artículo 24, todos del Código penal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1984.)

Artículo 42, párrafo segundo (en relación con el artículo 41, párrafo segundo). No procede la aplicación de la pena accesoria de suspensión de profesión u oficio si el sujeto carece de profesión determinada.

«Que es de apreciar la aplicación del artículo 42-2.º y 41-2.º del Código penal, en lo que se refiere a la pena de suspensión por cuanto que según el texto legal, la pena de suspensión, cuando tenga carácter accesorio, sólo se impondrá, cuando la profesión u oficio hubieran tenido relación directa, con el delito cometido. Como el recurrente, según el texto judicial no tiene profesión determinada, debe eliminarse en la segunda sentencia la suspensión impuesta, prosperando así este motivo del recurso.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1984.)

Artículo 69. Preterintencionalidad heterogénea del tipo lesiones-muerte. Concurso de delitos (lesiones culposas y homicidio culposo).

«Que despejada la problemática causalista planteada por los recursos, es preciso abordar ahora el tema de la preterintencionalidad también ofrecida a la consideración de esta Sala, cuya doctrina, como es sabido, viene distinguiendo en su actual etapa una preterintención homogénea, amparada en la atenuante 4.ª del artículo 9.º del Código penal y a la que se acoge la sentencia «a quo», estimando tal atenuante como muy calificada, y otra heterogénea que hasta el presente tenía su asiento en el artículo 50 en relación con el párrafo tercero del artículo 1.º del mismo Código, en la que, a diferencia de la primera, el delito propuesto y el ejecutado están incardinados en dis-

tinto tipo, siquiera concurre el requisito común a ambas de estar en la misma línea de ataque, de la que es ejemplo típico el de las lesiones seguidas de muerte, de modo que si las primeras (hecho base) están abarcadas por el dolo del autor, el final resultado mortal (hecho consecuencia), si bien en relación causal con las primeras, sólo puede ser imputado a título de culpa o de caso fortuito, en cuyo evento el artículo 50 imponía la pena correspondiente al delito menos grave en su grado máximo; dicotomía de la **preterintentionem** que ha sido abolida por el actual texto vigente en cuanto ha sido derogado y dejado sin contenido el citado artículo 50 del Código por obra de la última reforma de 25 de junio de 1983, por lo que exigiendo el actual artículo 1.º en su párrafo segundo que sólo se responderá de un ulterior resultado más grave si se hubiere causado, al menos, por culpa; es obvio que el supuesto de preterintención heterogénea seguirá las reglas normales del concurso de delitos, de modo que habrán de pensarse las lesiones, inicialmente producidas, a título doloso y el resultado de muerte como homicidio culposo, caso, naturalmente, que además del ligamen causal de la muerte con las lesiones, sea tal resultado ulterior imputable a culpa (imprudencia en el lenguaje legal), pues es claro a tenor del citado artículo 1.º en relación con el 6 bis b), también modificado por la reforma citada, que si la muerte no puede atribuirse ni siquiera a culpa, habrá de reputarse fortuita y como tal impune, quedando reducido el castigo a las lesiones dolosamente perpetradas.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984.)

Artículo 69 bis. Delito continuado: la figura no es aplicable cuando se ofenden bienes eminentemente personales, lo que sucede en el delito de robo con violencia o intimidación.

«La figura del delito continuado no es de aplicación, cuando el ofendido es portador de bienes eminentemente personales, como acontece en los atentados contra la libertad, honor, honestidad, vida e integridad personal, que no cabe englobar mediante el expediente de conexión y continuidad delictiva, al no ser susceptibles de lesión gradual, ni cada delito constituir etapa de acción incompleta, sino que cada una vulnera definitivamente el bien protegido, y concretamente el robo con violencia o intimidación, tiene carácter complejo al atacar primordialmente, tanto el derecho de propiedad, como el de libertad e integridad de las personas, según doctrina jurisprudencial inconcusa que ha obtenido refrendo legal en el texto del artículo citado, cuando excluye de aquella categoría legal, las ofensas a bienes jurídicos altamente personales.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1984.)

Artículo 69 bis. Delito continuado. Dificultad de aplicar la doctrina al delito de receptación.

«Tratándose de un delito como el de receptación que, pése a la pretensión legislativa de configurarlo como infracción autónoma, tiene la naturaleza propia de un hecho punible consecuencia o satélite respecto a otro delito

base, antecedente o principal, será difícilmente concebible la continuación delictiva de dicha receptación sino es como un eco o emanación de infracciones contra los bienes refundidas o englobadas en un solo «curso continuatus», esto es, y dicho de otro modo que, dos o más receptaciones no habituales, no podrán integrar una hipótesis de delito continuado a menos que también se les atribuya, dicha condición a las infracciones base contra los bienes cuyos efectos ha aprovechado, para sí, un mismo receptor.» (Sentencia de 28 de mayo de 1984.)

Artículo 71. Concurso de delitos. También es aplicable la regla penológica en caso de que los diferentes delitos en concurso tengan señalada la misma pena.

«Algún sector doctrinal, entiende inaplicable el concurso ideal instrumental, a la par que el pluriofensivo, cuando, las infracciones en ellos involucradas, estén igualmente penadas, fundamentándose, para esta conclusión, en que, siendo igualmente graves, **no es posible penar exclusivamente la más grave**, tal como exige el precitado artículo 71, no siendo convincente esta posición desde el punto de vista sistemático, puesto que, en el párrafo primero de la regla 2.ª del artículo 70, se limita, el cumplimiento de las penas correspondientes a varios delitos integrantes de concurso real, al triple de la más grave, sin que nadie sostenga la inaplicabilidad del mentado precepto cuando las penas impuestas sean de idéntica gravedad; c) que, la hipótesis estudiada surgió en la legislación española por primera vez en el artículo 78 del Código penal de 1848, y, desde entonces, se exige una relación de medialidad o de medio a fin, de tal modo, que el delito instrumento, sea medio necesario para la perpetración de las demás infracciones; d) que «necesario», equivale a imprescindible o indispensable, debiéndose entender, dicha necesidad, en sentido objetivo, real y concreto, esto es, para casos específicos e individuos determinados que se representen las infracciones como estrechamente enlazadas —Sentencias de este Tribunal de 7 de abril de 1964 y 23 de octubre de 1965—, de tal forma que, el delito-medio, sea instrumento real indispensable para la perpetración del delito o delitos-fin, considerándose, positivamente, la unidad del hecho, en el orden ontológico del ser y de su causalidad efectiva y, de ningún modo, en el orden teleológico individual, acudiendo, las sentencias, de este Tribunal, de 29 de diciembre de 1947, 3 de octubre de 1951 y 13 de mayo de 1964, para determinar el preciso enlace, al juicio hipotético, conforme al cual, suprimido, «in mente», el primer delito, el segundo; o los demás, no se hubieran producido; y e) finalmente, que la relación medial ha de unir delitos y no faltas, sin que pueda apreciarse tampoco cuándo los hechos constitutivos de la primera infracción forman parte integrante de otra u otras —véanse Sentencias de este Tribunal de 31 de enero de 1922, 4 de febrero de 1947 y 25 de noviembre de 1955.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1984.)

Artículo 106. Responsabilidad civil del receptor: sólo alcanza hasta el límite de su lucro.

«1.º Conforme al artículo 106 del Código penal, si son dos o más los responsables de un delito o falta el Tribunal ha de señalar la cuota que a cada uno de ellos corresponda. 2.º Los autores, cómplices y encubridores, dentro de cada clase, son responsables solidariamente entre sí, por sus cuotas y subsidiariamente por las de los demás responsables (artículo 107). 3.º La cuota del receptor debe estar representada por la cuantía del beneficio obtenido. Mas en esta cuantía entra la solidaridad, con autores y cómplices del delito antecedente, exclusivamente por esa cuantía de su lucro (Sentencias de 30 de noviembre de 1965, 31 de mayo de 1975, 24 de febrero de 1976 y 7 de marzo de 1980). 4.º Resumiendo y en materia de responsabilidad civil del receptor, impera esta trilogía fundamental: a) **sobre cuantía**, el principio de hasta el límite de su lucro. b) **Dentro** de este principio y límite, impera la solidaridad con los autores. c) Si algo se hubiere recuperado: hay una exoneración de responsabilidad civil, respecto de los efectos recuperados (Sentencia de 14 de febrero de 1983, que recoge otras varias en el mismo sentido).» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1984.)

Artículo 236. Hay atentado contra agente de la autoridad si tras la comisión de un robo se hace uso de armas contra la fuerza pública para posibilitar la huida.

«Que el apartado 1) del «factum» describe el atraco que el 9 de mayo de 1980, cometen los procesados en las oficinas del Banco de Bilbao, de Alicante, la llegada de un coche patrulla con Policías Nacionales e Inspectores del Cuerpo General «que les conminaron para que saliesen y se entregasen. G. V. intentó salir escudado en el Director de la Agencia Bancaria, que en la puerta logró tirarse al suelo, iniciándose un tiroteo entre el procesado y la Policía, al tiempo que H. B., al oír los disparos comenzó también a disparar desde el interior para intentar la salida...». Reconoce la sentencia la concurrencia de todos los elementos precisos para la existencia del delito de atentado, descritos en el anterior Considerando, pero estima que falta el esencial del dolo específico de ofender o denigrar al principio de autoridad. Conclusión inadmisibles ante la doctrina expuesta anteriormente, ya que los disparos contra la policía no se hacen por motivos o razones personales de los atracadores, distintas a la de oponerse al ejercicio legítimo de las facultades de las fuerzas del orden en su lucha contra el crimen, por lo que su agresión supone una mayor criminalidad que la ley ha querido penar especialmente.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984.)

Artículo 236. Atentado. No hay atentado contra agente de la autoridad, al faltar la intención de menoscabar el principio de autoridad, si tras la comisión de un robo se hace uso de las armas contra los vigilantes jurados.

«Los recurrentes cuando acababan de atracar la Caja de Ahorros de Tarra-sa apoderándose de la cantidad de seiscientos ochenta y ocho mil pesetas, y trataban de escapar, se encontraron que momentos antes había llegado a la entidad un furgón de los destinados al transporte de dinero de la Caja con la correspondiente dotación de vigilantes jurados uniformados y armados —que tienen el carácter de Agentes de la Autoridad que le concede el Decreto de 10 de marzo de 1978, artículos 7.º y 8.º—, por lo que al salir fueron interceptados por éstos que les cominaron a entregarse, lejos de ello los asaltantes esgrimieron pistola y revolver frente a ellos, con el fin de amedrentarles y lograr así la huida con el botín, mas al disparar uno de los Agentes contra los atracadores e hiriendo a uno de ellos, optaron por retirarse al interior de la Caja, desde la cual, cogiendo del brazo a una de las empleadas y protegiéndose detrás de ella, salieron a la calle, donde consiguieron subir al turismo que los esperaba, sin que aquéllos pudieran hacer nada por la presencia de la joven, lo que pone de manifiesto que no hubo atentado a Agentes de la Autoridad, al no aparecer en los sujetos delictivos de la intimidación el ánimo o intención de faltar al respeto debido a quienes encarnan el principio de autoridad, elemento subjetivo del delito de desacato, sino que tales hechos han de subsumirse en el subtipo agravado inserto en el último párrafo del artículo 501 del Código penal, al hacer los delincuentes uso de las armas que llevaban para proteger la huida, que de otra forma, dadas las circunstancias que concurrieron en el caso enjuiciado, difícilmente hubieran podido conseguir, por todo lo cual procede estimar el citado único motivo del recurso.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1983.)

Artículo 240. Desacato. Polémica sobre la admisión de la «exceptio veritatis».

«En lo que concierne al motivo séptimo —último de los admitidos—, respecto al delito de desacato existe una profunda y ardiente polémica, sosteniendo unos sectores doctrinales que es aducible por el acusado o acusados la denominada «exceptio veritatis», caso de calumnia porque de ser cierto el hecho imputado no se llenaría la exigencia típica del artículo 453 del Código penal, y si se tratara de injurias o de insultos el artículo 461 permite la invocación de dicha excepción siempre que las injurias fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, añadiendo que de no ser así, jamás podría operar la mentada «exceptio veritatis» respecto a funcionarios públicos, mientras que, otros sectores de opinión, mantienen que el sujeto pasivo de este delito no es propiamente el funcionario o Autoridad a los que se dirigen las injurias o insultos, sino que lo verdaderamente vilipendiado es el principio de Autoridad, la función

pública y el «imperium» que emana de los entes también públicos y que encarnan y representan los funcionarios y las Autoridades, añadiendo que nada impide que se denuncie a estos últimos de un modo u otro, pero sin escarmentarles y vituperarles de una manera atentatoria a las instituciones públicas a las que están adscritos, no pudiéndose, por tanto, exonerar de responsabilidad al infractor porque los hechos imputados sean ciertos o porque merezcan, los destinatarios inmediatos, los calificativos, epítetos o invectivas que se les dirijan. La posición de este Tribunal no es uniforme, pues si la Sentencia de 14 de septiembre de 1934 admite la «exceptio» en cuanto concierne a los funcionarios públicos, la rechaza en tanto en cuanto éstos se hallen constituidos en Autoridad, admitiendo la citada excepción las sentencias de 12 de julio de 1904 y 13 de septiembre de 1970, mientras que otras posteriores la rechazan merced o con apoyo en las razones antedichas y en que, aún siendo ciertas las expresiones proferidas, se menosprecia con ellas el principio de Autoridad, añadiendo que el objeto jurídico del delito de desacato no es el honor del funcionario o el de la Autoridad vilipendiados sino el respeto y dignidad de la función pública contemplada en sí misma. Pero, sea como fuere, como quiera que, en todo caso, en la narración histórica de la sentencia impugnada, no se halla siquiera rastro, huella, atisbo o asomo de que los hechos imputados y los improperios dirigidos al señor Juez de Toro y a los miembros de la Audiencia de Zamora sean ciertos y corresponden a la más rigurosa y resplandeciente verdad, procede la desestimación.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1984.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas de fuego. Presupuestos.

«Desarrollando e interpretando el precepto, la doctrina jurisprudencial, ha declarado que se precisa la voluntariedad de la acción, que la tenencia abarca la posesión, la mera detención, o su dominio con un mínimo de «animus possidendi», aunque no se determina el tiempo de la tenencia, ni aunque sea con ánimo de desprenderse de ella, siempre que haya existido una cierta disponibilidad. Las armas han de ser armas de fuego, en condiciones de funcionamiento, según el Reglamento de armas de 24 de julio de 1981. La ilicitud, supone una infracción de aquéllas disposiciones administrativas votadas para regular su tenencia y uso que, actualmente se contienen en el Reglamento expresado. La voluntariedad de la acción no es otra cosa que la conciencia de la falta de autorización administrativa y la voluntad de la tenencia (Sentencias de 26 de enero de 1974, 11 de junio de 1975, 10 de diciembre de 1980, 3 de marzo de 1981 y 13 de diciembre de 1983 entre otras.) (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.)

Artículo 256. Sólo es revisable en casación la atenuación de la pena prevista en el precepto en caso de que haya sido previamente aplicado por el Tribunal de Instancia.

«La cuestión de la facultad discrecional de la Sala de Instancia para aplicar la atenuación de la pena en el delito de tenencia ilícita de armas, ha sido resuelta por esta Sala en numerosas sentencias, que ha declarado la imposi-

bilidad de revisión casacional del no uso de tal facultad, puesto que el texto legal dice «podrán rebajar las penas», y sólo en el caso de que la Audiencia la aplicará, teniendo en cuenta cualquiera de los tres supuestos atenuatorios que el precepto contempla: existencia de amenazas graves, patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, o escasa peligrosidad del reo, esta atenuación sí es revisable en casación, pues tales supuestos implican juicios de valor, o constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Conforme a esta doctrina es obligado desestimar el recurso, pues la Audiencia se limitó a aplicar el artículo 254 y no hizo uso del artículo 256.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1984.)

Artículo 321. Intrusismo: Delito de conducta eventualmente plural y continuada. Sólo hay un delito, aunque sean varias las acciones llevadas a cabo en el tiempo.

«Que el delito de usurpación de calidades o intrusismo, previsto y penado en el artículo 321 del Código penal, constituye una modalidad falsaria personal o de acto, de condición puramente formal o de mera actividad, que no precisa para surgir al ámbito penal de resultado material lesivo al hallarse embebido éste en la acción misma, ni requerir habitualidad —salvo en los supuestos que legalmente se exige— sino simplemente realizar actos propios de una profesión sin título, que tanto pueden ser de mero ejercicio continuado de la actividad, como de la realización de un sólo acto de condición momentánea, siempre que en este supuesto aquél sea específico, idóneo y característico de la profesión usurpada, si bien la «assiduitas» persigue un soporte eficaz del injusto típico (Sentencias de 21 de abril de 1969, 5 de junio de 1975, 26 de diciembre de 1981 y 28 de septiembre de 1982), no cabiendo estimar delitos diferentes los actos de la continuidad efectuados a través del tiempo, radicando la razón de su existencia, más que en la competencia ilícita en el riesgo o peligro que para la colectividad pueda implicar, tratándose de una norma en blanco que precisa en cada caso el examen de las disposiciones administrativas correspondientes (Sentencias de 18 de octubre de 1969 y 20 de noviembre de 1975.)» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984.)

Artículo 344. Sustancias psicotrópicas. El tráfico ilegítimo de las mismas no constituyó delito hasta la reforma del Código penal de 1983.

«En el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971, ratificado por España en 1976, aparecen incluidas en sus listas anexas II y III algunas sustancias anfetamínicas y barbitúricos, que el Bustaid contiene en pequeñas dosis, el tráfico ilegítimo de las mismas y por tanto de los productos que las contenían no constituyó delito hasta la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 25 de Junio de 1983, en la que se modificó el citado artículo 344, incluyendo en el mismo las referidas sustancias psicotrópicas, por lo que tal reforma no puede tener efectos retroactivos al ser desfavorable al reo,

quedando por tanto claro que en aquellas fechas el tráfico de tales sustancias, aunque su uso inmoderado pudiera dar lugar a un estado de peligrosidad en el usuario, no constituía delito; ello aparte de que el medicamento llamado Sosegón no contiene más que el producto denominado pentazocina, cuyo uso como analgésico permitido ya ha sido reconocido por esta Sala en Sentencia de 30 de septiembre de 1981, al no producir efectos nocivos para la salud, ni dependencia, ni habituación como aparece del dictamen médico que figura a los folios 160 y 174 de la causa y que el Valium continúa siendo expedido sin necesidad de receta especial; por lo que resulta procedente la estimación del motivo primero del recurso, casando la sentencia de instancia en lo que respecta a este punto.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1984.)

Artículo 344. El hachís es droga de las denominadas blandas.

«Dada la nueva redacción del artículo 344 del Código penal y habida cuenta de que el hachís es droga de las denominadas «blandas», cuyos efectos no se reputan tan graves para la salud como otros de mayor entidad, es procedente revisar la sentencia dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia de Madrid, con fecha de 30 de septiembre de 1982, lo que se hará mediante auto motivado dictado a continuación de esta resolución.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1984; en igual sentido, 20 de marzo de 1984.)

Artículo 344. La heroína es droga que causa grave daño a la salud.

«Que *in voce* en el acto de la Vista el recurrente solicitó la aplicación de la nueva normativa introducida por Ley 8/1983, de 25 de junio, como más beneficiosa al reo. El beneficio que no aparece aplicando el nuevo artículo 344, pues por tratarse la heroína de droga que causa grave daño a la salud, la pena a imponer sería prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1984. En igual sentido, 5 de marzo de 1984.)

Artículo 344. La heroína mezclada con caféina es droga que causa grave daño a la salud.

«El hallazgo en el automóvil, luego de registrado, de nueve papelinhas que contenían un total de seis gramos y medio de heroína mezclada con caféina, datos que en su conjunto llevan a la conclusión, compartida con la Sala de instancia, de la existencia de un ánimo o propósito de tráfico en el sujeto acusado que había sido condenado con anterioridad por delito de esta naturaleza y usaba permiso de conducción y pasaporte falsificados; quedando, consecuentemente, definido el tipo legal previsto en el artículo 344 del Texto penal vigente —posesión con fines de tráfico de drogas que causan

grave daño a la salud.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984.)

Artículo 344. L.S.D.: droga que causa grave daño a la salud.

«Habiendo establecido la doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de octubre y 20 de diciembre de 1983, entre otras), que la droga mencionada L.S.D. o ácido lisérgico es de las que causan grave daño a la salud, por los efectos mentales e incluso genéticos a sus adictos.» (Sentencia de 1 de junio de 1984; en igual sentido, 11 de mayo de 1984.)

Artículo 344. Cocaína: droga que causa grave daño a la salud.

«Por estupefacientes se entienden los comprendidos en la Convención única de 1961, enmendada por el protocolo de Nueva York de 1975, ratificada en España por la Orden de 3 de marzo de 1981, en cuyo artículo 1.º, apartado f), incluye las «hojas de coca», la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de emgonina e incluida en la Lista I del Convenio y que a los efectos del Código penal, hoy vigente, según Ley 8/83, de 25 de junio, debe considerarse como sustancia que causa grave daño a la salud pública y por tanto penadas con prisión menor, según la última redacción del Código penal, razones todas por las que debe desestimarse el motivo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1984. En igual sentido, 24 de mayo de 1984.)

Artículo 344. Agravación de la pena por razón de la cantidad de droga aprehendida. La notoria importancia de la cantidad está en función de los gramos.

«Que, en otro orden de ideas, conviene recordar que la modificación introducida en la redacción del artículo 344 del Código penal por la Ley Orgánica ya citada al establecer una clasificación bimembre de las sustancias tóxicas o estupefacientes, la doctrina de esta Sala ha venido entendiendo que el hachís no es sustancia que cause grave daño a la salud (Sentencias de 2, 18 y 31 de enero, 9, 11, 13 y 20 de febrero últimos), habiéndose estimado como agravación específica recogida en el último inciso del segundo párrafo del mismo precepto penal la cantidad de droga para elevar la pena al grado superior (40 kilos en la sentencia de 2 de enero de 1984, 250 kilos en la de 31 del mismo mes y año, 5,750 kilogramos en la de 13 de febrero, 1,350 en la de 20 del mismo mes, 1.413,97 gramos en la de 22 de igual mes, 1,241 gramos en la del día siguiente, 6.500 gramos en la de 9 de marzo último.)» (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984.)

Artículo 420. Lesiones: basta el dolo genérico de lesionar.

«Como pone de relieve con acierto, la sentencia de instancia, el delito de lesiones ofrece una estructura de resultado objetivo, dentro de la configuración del dolo de lesionar o «animus laedendi». De tal forma que la he-

rida, golpe o maltrato del encabezamiento del precepto hace referencia a los medios dinámicos de su comisión, pero no a sus efectos mismos, que han de encajarse conforme a criterios de generalidad y objetividad, según el detrimento sufrido por la persona lesionada, con tal de que se ponga de relieve el dolo característico de herir, golpear o maltratar, no pudiendo exigirse, como contrario a toda lógica humana y jurídica que exteriorizado aquel dolo, se concreta a sólo una consecuencia determinada, prevista y querida, a unas consecuencias exactas y matemáticas, sino que el dolo es genérico —dañar—, y el resultado, el conseguido con el desarrollo de tal conducta, conectado con la actividad ofensiva dirigida al menoscabo físico del contrario, a menos que exista una desproporción absoluta, total y eliminada de antemano por el ofensor. Y como en este caso la disputa primero, la lucha después, los golpes recíprocos, el deseo de dañar la integridad física del contrario, la caída al suelo en medio de la lucha y la rotura de fémur de uno de ellos, van guardando relación causal, con la acción y con la intención —aunque fuera eventual— es por ello por lo que hay que concluir que no se infringió el artículo invocado, porque ninguna persona humana que desarrolla tales acciones, con el designio señalado, puede decirse que ha previsto un resultado concreto al que se dirige, sin querer sobrepasarlo, ni que no procuró un resultado, proporcionando y efecto de su acción.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1984.)

Artículo 429. Violación. Bien jurídico protegido: la intimidad sexual de la mujer.

«El sujeto pasivo de tal delito ha de ser mujer; el bien jurídico protegido es la intimidad sexual de la misma y el tipo se construye sobre el yacimiento logrado con ella, en cualquiera de las circunstancias que prevé el Código penal en el artículo 429: fuerza física o moral, privación de razón o de sentido y minoría de 12 años.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984.)

Artículo 453. Calumnia: Concepción objetiva y subjetiva del honor.

«De conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de esta Sala de 6 de abril y 21 de octubre de 1976, el delito de calumnia es una infracción de actividad, condicionada y que algunos reputan híbrida, pero, ante todo, integra una infracción contra el honor, entendido éste, bien **subjetivamente**, como sentimiento de dignidad moral o como pundonor, amor propio, propia estimación o conciencia que el sujeto tiene de sus méritos, valores o virtudes, bien **objetivamente**, como apreciación y estima que hacen los demás de las cualidades morales y del valor social del sujeto de que se trate, o como el buen nombre, concepto o fama que merece frente a la opinión del mundo circundante: teniendo, esa distinción, importancia práctica indiscutible, pues cuando la calumnia se vierte directamente ante el sujeto

pasivo, bien oralmente, bien por escrito, es el honor subjetivo de aquél el que padece y se condeue, mientras que, cuando la imputación de la perpetración de un delito perseguible de oficio que constituye la esencia de la calumnia, se efectúa ante terceros o en escritos a ellos dirigidos o destinados al público en general, es la buena fama del sujeto pasivo la atacada, así como también se vulnera la opinión favorable que, respecto a sus méritos y virtudes, pudiera tener la comunidad; y, sin embargo, en ambos casos, la lesión de uno u otro de los sentimientos dichos, supone agravio e integra, infracción contra el honor, de carácter calumnioso.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1984.)

Artículo 466. Injurias dirigidas contra personas ya fallecidas. Bien jurídico protegido: el honor del difunto.

«El precepto mencionado no se refiere únicamente al ejercicio de acciones relativas o procedentes de calumnias o injurias dirigidas a personas vivas que fallecieron antes de prescribir la infracción o después de haberse querrellado, sino que también abarca aquellos casos en los que la imputación o la ofensa se dedicaron a personas ya difuntas o fallecidas sin que, el cambio o trasposición legal —«agraviado difunto» por «difunto agraviado» de la legislación codificada anterior a 1945— tenga relevancia alguna en cuanto concierne a la posibilidad de perseguir calumnias o injurias imputadas o proferidas respecto a personas ya finadas y extintas, siquiera se reconozca que este punto es muy controvertido, no siendo concordantes las opiniones doctrinales y, **finalmente**, que, lo que protege el legislador, en esos casos —no en el de los parientes próximos puesto que se exige que el baldón o el vituperio trascienda a ellos convirtiéndoles en sujeto pasivo de la calumnia o de la injuria—, es el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo, su renombre y su memoria, y ello, no sólo por el adagio «De mortuis, aut bene aut nihil», sino porque todo ser humano, además de la vida terrenal, temporal y efímera, y de la sobrenatural, perdurable, eterna y hasta infinita, según los creyentes, goza de una tercera vida, más o menos prolongada y duradera, que acaba feneciendo con el transcurso del tiempo, y, que es, luego «post mortem», que se mantiene entre sus deudos y parientes, que está especialmente obligado a respetar y a hacer respetar su heredero como continuador de su personalidad, y que consiste en la huella que, su paso, dejó en el mundo sensible y en el recuerdo, memoria, renombre o buena fama que quedó de él, y que recoge el famoso epitafio: «Aquí yace muerto el hombre, que vivo queda su nombre.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1984.)

Artículo 496, párrafo primero. Coacciones. Vis in rebus. Embargo abusivo del hueco de un ascensor por un Agente Ejecutivo Municipal.

«Que la conducta del condenado en instancia, hoy recurrente, en la práctica del embargo al que se refieren los autos, aparece como claramente abusiva y coaccionadora, puesto que después de hacer constar en la diligencia

de embargo que no existían otros bienes embargables más que los huecos de los ascensores, lo que resulta casi imposible en un edificio de ocho plantas destinado al servicio de hostelería en funcionamiento, en el que tienen que existir forzosamente mobiliario, como son camas, cubertería, vajillas, útiles de cocina, etc., colocados preferentemente a los bienes inmuebles en el orden prelativo señalado en el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Estatuto de Recaudación, al que tiene necesariamente que ajustarse el ejecutor, embargó tales huecos, lo que indudablemente constituye una originalidad, ya que podía embargar la totalidad del inmueble, procedió a precintar indebidamente los interruptores de los ascensores, inmovilizando éstos e impidiendo el uso de los mismos a los propietarios y a los numerosos ocupantes y usuarios del edificio que venían utilizándolos pacífica y legítimamente, por lo que hay que estimar que abusó de su cometido actuando en forma ilegal y antijurídica al impedir a los usuarios hacer lo que la Ley no les prohibía, por medio de la fuerza sobre las cosas como modo de obstaculizar la formación y ejercicio de la voluntad y su realización, ya que a consecuencia de la acción el sujeto pasivo se ve compelido a no poder hacer lo que quiere y que tendría derecho a realizar legítimamente, con la finalidad o propósito tendencial de obligar a los dueños del inmueble o industria hotelera en él instalada a satisfacer coactivamente el importe del impuesto adeudado sin posibilidades de oponerse a su exacción si quieren impedir la marcha de la clientela por falta de funcionamiento de los ascensores, conducta que constituye indudablemente un delito de coacciones tipificado en el artículo 496 del Código penal, que se acomete ejerciendo fuerza sobre las cosas e indirectamente sobre las personas o sea la llamada «vis in rebus» que según la jurisprudencia de esta Sala es suficiente para que se de el delito de coacción (Sentencias de 17 de marzo de 1956; 18 de diciembre de 1961; 28 de marzo y 18 de junio de 1969; 10 de febrero de 1970 y 23 de mayo de 1975); sin que el imputado pueda considerarse justificado por la concurrencia en su favor de la circunstancia eximente de actuar en cumplimiento de un deber, oficio o cargo, establecida bajo el número 11 del artículo 8.º del Código penal por exigirse en la misma que el ejercicio del derecho haya sido legítimo, cuando en este caso no lo fue, tratándose como se trataba de bienes inmuebles, según lo preceptuado en el artículo 334 del Código civil, no cabiendo tampoco el error, tratándose de un agente ejecutivo de recaudación de exacciones municipales que hay que suponer conoce prácticamente el orden de prelación de bienes y la forma de ejecutar éste en referencia a las clases de bienes embargados, por lo que el primero de los motivos del recurso resulta improsperable.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1984.)

Artículo 501, número 4.º. Robo con torturas. El concepto de torturas no es equiparable al del artículo 204 bis.

«Que, para hallar el sentido y alcance de la palabra «torturas», no se puede acudir a la Esposición de Motivos de la Ley de 25 de junio de 1983, porque el legislador, en ella, guarda el más absoluto silencio al respecto y tampoco sirve relacionar el inciso dicho con el artículo 204 bis del Código penal y, ello,

no sólo por la amplitud de este último precepto que abarca en su seno, y de modo indistinto, a las conductas contempladas en los Capítulos I y IV del Título VIII, en el capítulo VI del Título XII del Libro II del Código y en los artículos 582, 583, números 1.º y 585 de dicho cuerpo legal, sino, porque el sujeto activo ha de ser, necesariamente, una autoridad o un funcionario público, porque las conductas integrantes de las torturas han de efectuarse en el curso de una investigación policial o judicial y porque, finalmente, dichas conductas han de propender, teleológicamente, a conseguir una confesión o testimonio. Así, pues, para esclarecer el concepto y para obtener su significación, se ha de acudir al Diccionario, con arreglo al cual, «tortura» equivale a dolor o aflicción grande y «torurar» a atormentar, esto es, a causar dolor físico o corporal o congoja o aflicción del ánimo, pudiéndose agregar, a la vista de la sentencia de este Tribunal de 16 de septiembre de 1983, que, a efectos del número 4 del artículo 501 del Código penal, los sufrimientos o padecimientos infligidos al ofendido u ofendidos, pueden causarse «con motivo» del robo, cuando, v. g., se atormenta a la víctima para que revele el lugar donde se hallan los bienes muebles apetecidos por los infractores, o, «con ocasión», es decir, cuando el dolor, de dicha víctima, surge episódicamente o como una inci-agente o agentes, los cuales, con verdadero «lujo de males», infieren padecencia de la ejecución relevando la crueldad, inhumanidad y sadismo del cimientos, innecesarios o no, al sujeto o sujetos pasivos, martirizándoles o atormentándoles.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1984.)

Artículo 501, 4.º Se ha de estimar robo con torturas psicológicas el hecho de poner en el cuerpo de una de las víctimas un paquete con la advertencia de que puede explotar.

«Ha de estimarse tortura psicológica relevante, el poner pegado al brazo de una de las víctimas, con un esparadrapo, un paquete con la advertencia de que podría explotar; y mientras el procesado, Alfredo, marchó a cobrar los cheques a la Caja de Ahorros de Cataluña, quedaron como rehenes en el establecimiento atracado, atados de las manos, el dueño del mismo, su secretaria y su contable, vigilados por los otros procesados. Aparece, por tanto, correcta la calificación de los hechos, como un delito de robo del artículo 501, 4.º, del Código penal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1984.)

Artículo 501, número 4.º Robo con toma de rehenes. Obligar a una persona bajo amenazas a conducir el vehículo con el que se lleva a cabo el robo y obligarle a entrar en el lugar de los hechos.

«Que los hechos declarados probados en la sentencia reclamada, imponen, hoy, la calificación jurídica que en el recurso se consigna, porque los actos realizados por el recurrente de obligar a J. G. G. a conducir su vehículo bajo la amenaza de una pistola hasta la localidad de Guetaria y hacerle en-

trar juntamente con él en la sucursal de la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa existente en dicha población, donde, intimidando a los empleados se apoderó de la cantidad de 446.100 pesetas, dándose seguidamente a la fuga en compañía de aquél, al que ordenó poner en marcha el automóvil para huir, lo que éste hizo bajo el temor que le inspiraba el arma que el procesado blandía, integran, sin duda ninguna, el delito complejo de robo con toma de rehenes para facilitar su ejecución o la fuga del culpable a que se refiere el número 4.º del artículo 501 del vigente Código penal, según la redacción dada a tal precepto por la Ley 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial de dicho texto legal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1984.)

Artículo 501, número 5.º Robo con violencia o intimidación en las personas. La violencia o la intimidación no necesariamente se ha de ejercer sobre la víctima del delito patrimonial.

«Según opinión doctrinal y jurisprudencial unánime, en absoluto es preciso que la violencia o intimidación sea ejercida sobre la propia víctima del delito patrimonial, así, la praxis, prueba que en los robos con violencia o intimidación en las personas los actos de agresión física o moral se ejercen sobre personas que no tiene propiedad ni siquiera la posesión de los bienes sustraídos y sí, la mayor parte de las veces, ejercen funciones de mera vigilancia de los lugares en los que se encuentran los bienes objeto de apoderamiento, por lo que es evidente que procede la desestimación del motivo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1984.)

Artículo 504, número 3. Robo con fuerza en las cosas. Retirada, sin rotura, del cristal derivabrisas de un vehículo.

«Acceder al interior del coche en el que se hallaban los objetos de que se apoderan los delincuentes venciendo mediante presión (igual a fuerza física) la resistencia del cristal derivabrisas, que cedió sin desperfectos, configura el delito de robo que se tipifica en los artículos 500 y número 3.º del 504 del Código penal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984.)

Artículo 512. Robo con homicidio: consumación del robo, pero no del homicidio. Diferentes soluciones. Aceptación de la tesis que considera frustrado el complejo en cuanto tal.

«Que el artículo 512 del Código penal, prevé y resuelve el supuesto en el que se ha producido el resultado lesivo para la vida o para la integridad corporal sin que se haya perfeccionado la infracción contra la propiedad, pero, en cambio, el legislador, omite —a diferencia del artículo 519 del Código penal de 1870—, la hipótesis contraria, esto es, la que, consumado el robo, el ho-

homicidio no se perfecciona, tal como ocurriría, v. g., si se dispara a matar, pero se yerra el tiro o si, el ofendido, no muere pese a las lesiones sufridas. Y, ante esta imprevisión legislativa, es preciso determinar si, en estos casos, se rompe el complejo delictivo penándose ambos hechos por separado, si permanece intacto el complejo, pero la pena desciende al compás de la frustración o mera tentativa del homicidio, o si, finalmente, cabe una tercera solución, como la que es la de eludir el citado homicidio intentado, subsumiendo el caso exclusivamente en el número 5 del artículo 501 mencionado. Prestigiosos sectores doctrinales, comienzan por desechar esta última solución, y en ello aciertan pues, el citado núm. 5 del artículo 501, es un precepto residual, que sólo opera cuando la conducta del culpable o culpables no se pueda incluir en cualquiera de los números precedentes, y, en los casos analizados, concurra una muerte u homicidio que, por más que, el artículo 407 del Código penal, se exprese en términos resultativos, no deja de serlo por el hecho de que no haya pasado de la fase de frustración o de tentativa; y, a continuación, los susodichos sectores, se inclinan por la aplicación del número 1 del artículo 501, en grado de frustración o de mera tentativa, con tal de que se acredite el plan preconcebido de matar o la intención o firme propósitos episódicos de hacerlo, pues constando dicho delito como los demás complejos, del doble elemento, comisivo y culpabilístico, de robar y de violar, matar o lesionar, al malograrse uno de ellos, y a falta de un precepto específico como lo es el contenido en el artículo 512 del Código penal, es preciso pronunciarse a favor de la imperfección. Otros sectores doctrinales, afirman igualmente que cabe la referida imperfección siempre que el homicidio intentado haya sido doloso, añadiendo que si se producen lesiones graves, debía aplicarse el número 2 del artículo 501, que es el que imponía, con anterioridad a la reforma de 25 de junio de 1983, sanción más grave; siendo recusable este aditamento puesto que si ha habido «animus necandi», no se puede estimar concurrente, aunque el resultado hubiera sido éste, una hipótesis de lesiones graves, teniendo que ceder el principio de la gravedad consagrado en el artículo 68 del Código penal al más imperativo y predominante de la especialidad. Por su parte, la doctrina jurisprudencial, no ha sido siempre uniforme, pues en efecto, las Sentencias de 25 de noviembre de 1882 y 5 de julio de 1883, entendieron que debía aplicarse la penalidad señalada para el delito complejo de robo con lesiones graves —solución inservible para el caso de autos donde no se dieron tales lesiones—, las de 4 de julio de 1905, 22 de diciembre de 1916 y 25 de junio de 1934, rompieron el complejo, manteniendo se deben penar separadamente ambos delitos conforme a su respectivo grado de ejecución, pero, la de 15 de enero de 1934, declaró que, en el caso de no llegar a su consumación el daño contra las personas, la pena aplicable será la correspondiente al grado efectivo de la ejecución del complejo delictivo, siempre que, la adecuada al grado del delito contra las personas, no sea de mayor categoría, pues, en tal caso, ésta serviría de medida en la responsabilidad criminal; y, finalmente, las modernas Sentencias de 26 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981 y 13 de mayo de 1982, insisten en la indivisibilidad del complejo, añadiendo que debe mantenerse, la conjugación de infracciones, tanto si se frustra el homicidio como si lo frustrado se refiere al mencionado homicidio y al apoderamiento de lo ajeno, aunque

siempre es indispensable que concurra dolo de muerte. Pudiéndose concluir estimando que, aún cuando las soluciones no hayan sido coincidentes, la última es la que, en pura ortodoxia jurídica, procede y se debe adoptar, degradando, en caso de frustración delictiva del homicidio, la pena establecida en el número 1 del artículo 501, y haciéndola descender en un grado como previene el artículo 51 del Código penal en relación con el artículo 3 del mismo cuerpo legal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1984.)

Artículo 514. Hurto. El ánimo de lucro subsiste, aunque se devuelva un objeto distinto, pero de igual valor.

«Que a la vista de semejantes datos, es evidente la concurrencia de dolo de lucro, en primer término porque no consta que cuando se apoderó del joyero tuvieron sus dueños deuda pendiente con la misma, posteriormente la negativa de la tenencia del joyero y joyas, acreditan su deseo de ocultar su acción, con las ventajas personales que ello le reportaba, en tercer lugar su negativa a devolver tales efectos, mientras no le abonaran algunos gastos ínfimos realizados en el cuidado de la casa. Por fin, la devolución de un brazalete de oro, que no es el sustraído, sino uno parecido de semejante valor, lo que equivale a que el auténtico fue objeto del lucro, ventaja o utilidad de la procesada.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1984.)

Artículo 516 bis. Sustracción de un vehículo de motor y posterior apoderamiento de objetos de su interior o de piezas. Existirá hurto o robo según la clase de dolo con que se actúe inicialmente.

«Es doctrina constante de este Tribunal la que, en casos como el controvertido, distingue entre **los supuestos** en los que, la intención primitiva e inicial de los infractores, es únicamente la de sustraer un automóvil ajeno, para utilizarlo según su destino, y sin proponerse haberlo como propio, **so-bre viniendo** más tarde y «ex novo», generalmente en el momento de abandonarlo, la idea de sustraer piezas del mismo o efectos que se hallaban en su interior, en cuyo caso, de haberse utilizado, para apoderarse del automóvil, cualquier especie de fuerza en las cosas de carácter típico e incluíble en el artículo 504 citado, se habrá cometido un delito de robo de uso previsto y penado, en los párrafos primero y segundo del artículo 516 bis del Código penal, pero, en lo que respecta a la sustracción de las cosas, efectos o piezas que se hallaban en su interior, sólo cabrá calificarla como constitutiva, según los casos, de delito o falta de hurto, **de aquellos otros**, en los que la idea germinal o generatriz de los agentes, manifiesta y patente desde la iniciación de la dinámica comisiva, no es otra que la de sustraer, mediante procedimiento integrante de fuerza en las cosas, un automóvil con el propósito de, trasladándolo a lugar idóneo o «ad hoc», proceder a adueñarse de piezas, recambios u objetos que se hallen en su interior, en cuya hipótesis, la fuerza en las cosas es concebida como medio indispensable para sustraer los bienes

muebles enunciados, obrando, dicha fuerza, con doble eficacia y respondiendo a una finalidad también dúplice y siendo, la sustracción del vehículo, instrumento o medio necesario para la consecución o satisfacción ulterior de los lucrativos y patrimoniales anhelos de los delincuentes, los cuales, por lo tanto, serán responsables tanto de la perpetración de un delito de robo de uso como de la comisión de una infracción de robo común con fuerza en las cosas encasillable en los artículos 504 y 505 del Código penal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1984.)

Artículo 531. Constitución de una hipoteca en un inmueble tras haber sido enajenado.

«Que vendido un apartamento, una plaza de garaje y quinceava parte del terreno circundante, por precio aplazado, y en documento privado con la declaración de «ser la venta libre de cargas y gravámenes y precaristas» —según dice literalmente el hecho probado—, la circunstancia de que la vendedora acusada, después de la venta y antes del desembolso total del precio y de la entrega del piso, «aprovechando que la finca y obra nueva figuraban inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad», hipotecara el edificio en su conjunto —sin la anuencia del comprador— en garantía de un préstamo del que respondía el susodicho apartamento en cuantía de un millón cien mil pesetas, no impide la apreciación del delito previsto en el párrafo segundo del artículo 531 del Código penal, porque el contrato de venta concertado, aunque careciera de efectos reales, prohibía a la vendedora todo acto dispositivo posterior, bien fuera de enajenación o de gravamen, para así poder cumplir la obligación contraída de entregar la cosa libre de gravámenes, es decir, la consumación del contrato en los términos convenidos; y éste es el criterio de la doctrina de esta Sala, apuntado en las Sentencias de 16 de marzo de 1973 y 15 de noviembre de 1975, y sentado en la de 6 de marzo de 1972, doctrina que ha tenido consagración en el derecho positivo a través del nuevo artículo 531, párrafo segundo, modificado por la Ley de 25 de junio de 1983, al establecer que en la misma pena incurriría el que dispusiere de un bien como libre, como el que lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1984.)

Artículo 534. También se protegen penalmente los derechos de autor, aunque no medie inscripción registral o haya pasado la obra al dominio público.

«Predomina la tesis de que si la inscripción registral es de rigor en lo civil y en lo gubernativo para gozar de protección en tales órdenes, no lo es lo penal, en sus dos tipos fundamentales de plagio y suplantación, que no quedan afectados por la falta de inscripción en el Registro ni aun por el pase al dominio público, si se tiene en cuenta que el derecho de autor, tal

como ha sido configurado por los sucesivos Convenios internacionales, desde el primitivo de Berna, vigentes, no se olvide, en España, y a los que es preciso recurrir también para llenar de contenido el artículo 534 del Código penal, se integra —como ya dijimos— tanto por un ingrediente moral vinculado a la personalidad del autor y fundamental en su configuración como derecho sobre bienes inmateriales, como por un elemento patrimonial, lo que explica que una obra inédita, que en España no exige la inscripción registral, goce la misma protección penal que la publicada, además, de que existen obras, como las que son producto de las artes plásticas (pinturas, esculturas) que gozan de la misma protección que las demás, a pesar de no tener acceso al Registro de la Propiedad intelectual; todo lo cual lleva a la conclusión de que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo del derecho, al menos en el aspecto ideal e inmaterial que ha quedado realzado en lo penal tras la reforma de 1963, como ya se ha dicho, al ser independizado de las estafas, de modo que ya no es elemento del tipo la determinación del perjuicio ni tampoco el valor de la defraudación (Sentencia de 8 de mayo de 1971), protección de la fàceta moral de los derechos de autor que se reitera posteriormente (Sentencia de 25 de mayo de 1975 y la ya citada de 27 de abril de 1979).» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984.)

Artículo 534. Infracción de los derechos de autor. Elemento espiritual y patrimonial.

«Se desprende una primera dicotomía de elementos integrantes del derecho de autor, recogidos por el Convenio de Roma de 3 de junio de 1928, a saber, un **elemento espiritual** o vínculo moral que liga la obra a su creador (del que dimanan un haz de derechos, como el de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual, perseguir el plagio, etc.) y otro **patrimonial**, ligado al interés económico del autor y que fundamentalmente le otorga el derecho de reproducir en **exclusiva** la obra, elemento éste que alzaprima la protección de esta propiedad **sui generis** o derecho sobre bienes inmateriales, de tal manera que este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre los delitos patrimoniales, con el nombre genérico de **defraudación**... Que bajo dicho **nomen** defraudatorio se cobijan en la Ley especial distintas conductas, no sistematizadas (artículos 45 y siguientes de la Ley, 3.º del Reglamento), pero que cabe reconducir a las de falsificación, imitación y usurpación, y que la doctrina refunde en dos tipos fundamentales: el **plagio** y la **suplantación** de la personalidad del autor, de modo que si el primero, de acuerdo con su significación semántica, trata de copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación), y ya sea de modo total o parcial, la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor, de suerte que aquí se da una doble conducta delictiva: La usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual o subjetivo del derecho de autor y la defraudación que ataca al elemento patrimonial

de aquel derecho y que, a su vez, presenta doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación, doble ofensa que, ya se comprende, puede darse también en el plagio, si la copia se utiliza con fines lucrativos... Que después de diseñar el anterior esquema, conviene también poner de relieve que la propiedad original del autor en su aspecto moral permanece en el mismo (derecho a reivindicar la paternidad, de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado de la misma que cause perjuicio a su honor o reputación), en tanto que sus derechos patrimoniales pueden ser cedidos a un tercero (artículo 6 bis, 1 del Convenio de París de 1971); distinción que cobra superlativo relieve en las obras dramático-musicales y musicales, cuyos autores tienen el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública, así como la transmisión pública por cualquier medio (artículo 11-1 de dicho Convenio); protección ésta que nuestro derecho interno otorga en el doble aspecto tratado, a las obras fonográficas por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de julio de 1942, cuyo artículo 7.º remite a los artículos 46 y siguientes de la Ley de 1879 respecto a la defraudación de tales derechos, reenvío que, por ende, alcanza al artículo 534 del Código penal según dicción del artículo 46 de dicha Ley; siendo de notar, en fin, que la Orden del mismo Ministerio, de 15 de junio de 1959, remite al artículo 7.º de la Ley, la protección de la reproducción a través, entre otros medios, de cinta magnetofónica, al igual que el Convenio de 29 de octubre de 1971 sobre protección de fonogramas, que entiende por tales toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos (artículo 1-a), encomendando la protección de dichos productos a los Estados contratantes a fin de evitar la «producción de copias sin el consentimiento del productor» (artículo 2.º), incluso mediante sanciones penales (artículo 3.º).» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984; véase también: Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984.)

Artículo 534. Infracción de los derechos de autor. Polémica sobre la posibilidad de un concurso entre el delito contra la propiedad intelectual y la estafa o defraudación en la calidad al consumidor.

«El recurso de la acusación particular, plantea abiertamente el interesante problema, tocado de modo incidental en anteriores resoluciones de esta Sala, de si la defraudación de la propiedad intelectual —hoy infracción de los derechos de autor— puede coexistir, en concurso de delitos con la estafa o defraudación en la calidad al público consumidor del producto amparado por aquella titularidad sobre la obra del autor; o si, por el contrario, dicho fraude al mercado adquirente del producto protegido queda ya embebido en la defraudación perpetrada por quien realiza ilícitamente la reproducción de la obra; problema que, se echa de ver fácilmente, está conectado al régimen jurídico del derecho de autor tan precariamente atendido en nuestro derecho interno, cuyo arcaísmo ha sido denunciado por el propio legislador

con simultánea promesa de proceder a una moderna revisión de tal estatuto jurídico (Orden de 7 de octubre de 1938, hasta la fecha incumplida)... Cabe ya enjuiciar con garantías de acierto el tema planteado por el recurso de la acusación particular, en el sentido de que, ciertamente, cabe apreciar, como se pretende en dicho recurso, un doble delito: **El de infracción a los derechos de autor**, en tanto que la empresa regentada por el procesado ordenó la fabricación de un «casette» o cinta magnetofónica (...), y otro delito de defraudación en la calidad en cuanto fueron vendidas con un lucro cifrado en doscientas veintidós mil trescientas sesenta y seis pesetas y correlativo perjuicio para la empresa concesionaria, pero debiéndose advertir, de inmediato, que este lucro no debe ser confundido con el logrado, si es que lo hay, a costa del público comprador y que es el que, en su caso, sustentaría el delito concurrente de defraudación en la calidad, puesto que faltan datos fácticos en la sentencia recurrida que acrediten el valor de las cintas originales y el de las plagiadas para así deducir si se dio el perjuicio al consumidor y cuantía del mismo, al menos de una manera global, lo que daría lugar a un delito-masa; pero sin que, dado el **factum** probatorio, pueda afirmarse categóricamente que el engaño perpetrado a los compradores de las cassettes que, en verdad, lo hubo, llevó consigo una lesión patrimonial en la economía de los adquirentes, ya singular, ya conjuntamente considerados; lo que impide estimar que el delito fuera frustrado, como pretende la acusación, ya que, repetimos, no sólo se trata de ignorancia de la cuantía del perjuicio, sino, incluso, si lo hubo de hecho, debiendo, finalmente, advertirse que esta recepción de la doctrina del concurso de delitos, no contraría a la antes sentada por esta Sala, en especial por la Sentencia de 27 de abril de 1979, antes bien la confirma, puesto que en el caso de dicha resolución perpetrada la usurpación musical de las cintas o cassettes con mengua de los derechos legítimos del autor, no llegó a venderse la partida ilegítima, con lo que mal pudo cometerse esa segunda defraudación al consumidor, además de la ya inferida al autor de la obra, y, si bien se llegó a vender una partida de modesta cuantía, cuida la sentencia en cuestión de subrayar que tal venta se realizó conforme a las condiciones y precios usuales en el mercado «sin acreditarse engaño»; llegándose a la conclusión en dicho fallo, que robustece la tesis ahora mantenida, que la doctrina jurisprudencial ha venido acentuando la separación entre la estafa y la defraudación intelectual (Sentencias 8 de mayo 1971 y 23 mayo 1975), separación confirmada por la reforma penal de 1963, que extrajo de las estafas la defraudación de la propiedad intelectual o industrial, dando a la primera de ellas el nombre —más acorde con el postulado en los convenios internacionales suscritos por España— de «infracciones del derecho de autor»; razones todas que, en última instancia, obligan a desestimar el recurso de la acusación particular.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984; véase también la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984.)

Artículo 535. No comete delito de apropiación indebida el prestatario que destina el dinero recibido a fines diferentes de los pactados.

«Cuando el título sea de aquellos que no sólo transmiten la posesión legítima, sino que son traslativos del dominio de las cosas muebles entregadas, su inaptitud para generar la infracción estudiada, es patente e indiscutible, puesto que, adquirida la propiedad de dichos bienes, mal puede, el nuevo titular de los mismos, adueñarse de lo que ya es propio ni encontrarse recusable y antijurídico que el «accipiens» ejerza un «ius disponendi» que es atributo de la propiedad que le han transmitido el «tradens»; hallándose, entre estos títulos inapos, el préstamo mutuo o préstamo de consumo, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.740 y 1.743 del Código civil, el prestatario no recibe tan sólo la posesión del dinero o cosa fungible que le entrega el prestamista, sino también la propiedad de los mismos, debiendo, en su día, restituir o devolver no los citados bienes, sino su tantumdem» o equivalente, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad; siendo subrayable que, este Tribunal, a partir de las Sentencias de 20 de abril de 1885, 3 de noviembre de 1897 y 3 de mayo de 1916, rechazó al mutuo como título contractual que pueda generar apropiación indebida, aunque, con anterioridad, lo había admitido en los casos en los que, el prestatario, negara haber recibido el dinero o las cosas fungibles que fueron objeto del contrato de préstamo; y pudiéndose añadir, por último, que esta doctrina no se desnaturaliza cuando, en el referido contrato de préstamo de consumo, el mutuuario, expresa la motivación en virtud de la cual ha concertado dicho préstamo, o se hace constar expresamente un destino determinado al que deben dedicarse las cosas prestadas, ya que, en tales supuestos, si, dichas cosas, se invierten de modo distinto al anunciado o convenido, se producirá, a lo más, y en el caso de que no se restituya la cantidad prestada, un incumplimiento contractual de trascendencia civil, pero sin que pueda criminalizarse la referida conducta, pues ello entrañaría una interpretación más que extensiva del artículo 535 del Código penal, lo que pugna con el principio de legalidad proclamado en los artículos 1 y 2 de dicho cuerpo legal.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984.)

Artículo 546 bis a. Receptación. El dolo puede ser posterior al momento de la adquisición de los objetos.

«Por ser ya doctrina jurisprudencial notoria, establecida en la Sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1980, que repitió la consagrada en la más que centenaria Sentencia de 27 de enero de 1872, la de que para ser considerado receptor no es necesario que el culpable tenga conocimiento, con anterioridad, del hecho delictivo que encubre y aprovecha, ni siquiera que éste sea simultáneo con la ejecución de dicho hecho, sino que es suficiente que haya tenido noticia del delito antes de haberse aprovechado de sus efectos, teniéndolos en su poder, o que, después de saberlo se desprenda

de ellos, que es lo que ha ocurrido en este supuesto.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1984.)

Artículo 546 bis a. Receptación. La comparación de penas con el delito encubierto se ha de hacer en abstracto.

«La fórmula comparativa que establece el párrafo segundo 546 bis a) se refiere a la pena en toda su extensión establecida para el delito base o subtipo y no para la impuesta en el caso concreto.» (Sentencia de 12 de abril de 1984.)

Artículo 571. Uso de nombre falso sin publicidad ante una autoridad.

«Que el artículo 322 del Código penal castiga el uso público de nombre supuesto estableciendo en el párrafo segundo una agravación para el supuesto de que el enmascaramiento de la propia identidad tuviere una de las finalidades que en el mismo se determinan, como son, el ocultar algún delito, eludir una pena o causar algún perjuicio al Estado o a los particulares. En ambos supuestos, pues es requisito integrante de la figura delictiva el de la publicidad, es decir, que el uso del nombre falso ha de ser público, o sea, empleado en las relaciones humanas o sociales, prolongado y persistente, no momentáneo o verificado una sola vez, de manera que cuando falta tal requisito de la publicidad entendida en el sentido que se acaba de indicar, la simple ocultación del verdadero nombre hecho ante la autoridad o funcionario público por una sola vez, como ocurrió en el caso de autos, el hecho se tipifica como falta en el artículo 571 del Código penal, por lo que procede estimar el único motivo del recurso interpuesto.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1984.)

SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1984: ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD HETEROGENEA

Artículo 1. Preterintencionalidad. No es una especie de la culpabilidad sino una alianza entre conducta inicial dolosa y resultado culposo. Preterintencionalidad homogénea y heterogénea.

«CONSIDERANDO: Que el instituto de la **preterintencionalidad**, de tan fácil captación semántica, como derivado de la locución «latina praeter intentionem», usada por vez primera por El Aquinatense, y que no quiere decir sino aquello que está fuera de la intención o más allá de la misma (**ultra intentionem, extra propositum**, según las variadas denominaciones de los prácticos) es, sin embargo fértil en toda suerte de dificultades jurídicas, no

obstante su vieja prosapia, o tal vez, por ello, con cuya carga polémica ha llegado hasta nuestros días, después de un dificultoso curso histórico-dogmático y haber plasmado con una u otra modalidad en las legislaciones, no obstante lo cual, en la moderna dogmática penal parecen como más seguras las siguientes conclusiones: En primer lugar, que no se trata de una nueva especie o grado de la culpabilidad, a modo de *tertium genus* de la misma, a pesar de la equívoca alusión al respecto del Código penal italiano, sino de una alianza, consorcio o enlace de dolo en la conducta inicial y de culpa en el resultado finalmente causado. Y, en segundo lugar, que esta exigencia de culpa en el último trazo de la actuación del agente, emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva; por lo que, en resumen, la estructura del mismo se integra: a) por un hecho-base doloso (*minus delictum*); b) por un hecho consecuencia (*maius delictum*) no querido, pero previsible (culpa inconsciente), o previsto, pero no aceptado (culpa consciente); y c) un nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo. Ahora bien, tal amalgama de dolo inicial y culpa final impele al legislador —como afirma la mejor doctrina— a sancionar el hecho final con mayor gravedad que si se tratara de un mero delito culposo, pero con menor severidad que si se proyectara el dolo a todo el decurso de la conducta, y ello por la tendencia que conlleva toda actividad violenta, propia de los delitos contra la vida e integridad física en que con más frecuencia se plantea la hipótesis de la preterintencionalidad, a desembocar en resultados más graves, sin que esto signifique, por esa natural tendencia, que haya de presumirse la culpa o imprudencia en la segunda etapa de la actuación del sujeto, puesto que si el riesgo desatado es incalculable o imprevisible (*casus*) entonces desaparece el delito preterintencional quedando subsistente tan solo la inicial especie dolosa.

CONSIDERANDO: Que la anterior consideración era obligada a la vista del fundamental cambio operado en nuestra legislación por obra de la reforma de 1983, puesto que, de un lado, ha suprimido la llamada **preterintencionalidad heterogénea** o de grado mayor que supone dos infracciones que, si bien situadas en la misma línea de ataque (requisito común a las dos ramas de **praeterintentionem**), están incardinadas en distinto tipo de (lesiones seguidas de homicidio como ejemplo sobresaliente, hasta el punto de ser tipificado en esa forma por algunas legislaciones), modalidad ésta que venía prevista en el párrafo tercero del artículo 1.º del Código penal y sancionada en el artículo 50, preceptos ambos dejados sin contenido; y, de otra parte, que la **preterintencionalidad homogénea** o de menor grado, en la que, como es sabido, los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo, aunque con resultado de mayor o menor gravedad (lesiones del artículo 420 del Código penal como más característico), se sigue amparando en la atenuante 4.ª del artículo 9 del Código penal; lo que trae como consecuencia fundamental que desaparecida la primera de dichas modalidades de delito preterintencional habrá de estarse a las reglas generales del **concurso de delitos** que la reemplazan (a salvo que se castigue como delito complejo, tal como sucede con el vigente artículo 501, 4.º: delito de robo con homicidio culposo); y, así mismo, que en los dos supuestos habrá que tener presente lo dispuesto en el artículo 1.º, párrafo segundo del Código

penal también reformado: «**Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.**»

Artículo 69. Preterintencionalidad heterogénea del tipo lesiones (dolosas)-muerte (culposa). Concurso real de infracciones. Solución más favorable a la que resulta de aplicar el derogado artículo 50. Dificultad de señalar la duración de las lesiones. Subsidiariedad de las faltas de lesiones del Libro III del Código penal.

«**CONSIDERANDO:** Que sentado lo anterior, es de notar que persiste la dificultad práctica que se daba tanto a la hora de sancionar la preterintencionalidad heterogénea con arreglo al derogado artículo 50, párrafo primero del Código penal, como en el sucedáneo concurso de delitos, doloso y culposo, que ahora se postula, pues siempre habrá que afrontar el problema de señalar la pena correspondiente al delito doloso de lesiones, una vez que, sobrevenido el homicidio, la **praxis** procesal no cuida de señalar —sin negar sus dificultades, incluso su imposibilidad clínica el tiempo de sanidad de aquellas, de no haber sobrevenido la causa que llevó al resultado mortal; dificultad que esta Sala trató de resolver recurriendo una vez más al artículo 9.º-4.ª del Código penal, aún a sabiendas de que no era éste el precepto idóneo, pero con la posibilidad de estimar la atenuante como muy calificada a fin de llegar a conclusiones punitivas más aproximadas a la verdadera culpabilidad del sujeto activo. (Vid. por todas, Sentencia de 6 de diciembre de 1980).

CONSIDERANDO: Que con la actual normativa la dificultad, aun subsistente, se aminora, pues, en el peor de los casos, siempre puede estimarse la existencia de lesiones dolosas, al menos como falta (hipótesis la más favorable para el reo) en concurso con un delito de homicidio culposo, cuya penalidad permite fijarla el artículo 565 del Código penal en su párrafo tercero, con «prudente arbitrio» y, por ende, acomodarla a la situación de preterintencionalidad que, en el fondo, sigue latiendo, de suerte que se alcance aquel punto intermedio de la pena imponible al delito meramente culposo, pero que sólo lo es en el último trayecto de su decurso, por haber sido precedido de una actuación dolosa con la que está íntimamente enlazado, aunque ambas etapas se distingan perfectamente; todo lo cual nos lleva a recomendar a y a exhortar, una vez más, a los Juzgados y Tribunales penales a que en estos supuestos de preterintencionalidad de lesiones seguidas de muerte, se apure la investigación médica a fin de fijar con la aproximación posible, el tiempo de curación de las lesiones inicialmente causadas, no obstante sobrevenir luego la muerte.

CONSIDERANDO: Que queda por fijar si el **concurso** de infracciones de que se trata es **real** o **ideal**, a cuyo respecto es preciso distinguir los dos supuestos que se cobijan bajo el artículo 71 del Código penal, de modo que en tanto que el primero (que un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos) admite la concurrencia —obvia— de delitos de distinta índole culpable que ya admitió la jurisprudencia de antiguo (Sentencias de 18 de junio de 1872,

2 de marzo de 1905, 9 de febrero de 1935), como es el caso típico de que un solo disparo produzca un homicidio doloso y lesiones culposas, o a la inversa; por el contrario, en el segundo supuesto de conexión teleológica del delito necesario para cometer otro, por muy objetivo que se conciba el nexo de necesidad, es también obvio que sobre tal vínculo debe proyectarse la voluntad del agente que pone en marcha el delito instrumental a fin de lograr el último resultado delictivo propuesto, hasta el punto de que en este aspecto subjetivo del psiquismo del culpable, refractario a la mera culpa en el delito-fin, ha visto la jurisprudencia la ratio del precepto en la modalidad de que se trata (Sentencias de 12 de junio de 1878, 7 de abril de 1952, 8 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1964 y 23 de octubre de 1965, entre otras); lo que aplicado a nuestro caso quiere decir que el concurso de lesiones dolosas con homicidio culposo); aún situados en la misma línea de ataque propio de la preterintencionalidad heterogénea a la que aquel concurso desplaza, repudia el concurso ideal o formal, debiendo subsumirse por tanto en la especie real prevista en el artículo 69; como del mismo modo, ha de estimarse concurso real entre falta y delito, cual es también nuestro caso, pues en tanto que los artículos 69 y 70 hablan de «diversas infracciones», el artículo 71 habla sólo de «delitos» (lo que excluye las faltas), en cuyo sentido se pronunció también de antiguo la jurisprudencia (Sentencias de 13 de mayo y 27 de septiembre de 1911), criterio confirmado más modernamente (Sentencia de 2 de junio de 1970), sin desconocer las objeciones de un sector doctrinal a esta postura de exclusión de las faltas que se apoya para ello en el sentido omnicompreensivo del término «infracciones» utilizado por el artículo 71, al igual que en otros pasajes del Código, y, sobre todo en que el artículo 601 no excluye de su dicción el repetido artículo 71, objeciones que si pueden tener eficacia cuando se trata de concurso entre faltas, es virtualmente inoperante cuando se trata de concurso entre falta y delito cuya punición separada siempre será más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito en su grado máximo.

CONSIDERANDO: Que aplicando ya toda la anterior exposición doctrinal al único motivo del recurso, lo primero que hay que decir es que el Tribunal a quo se ajustó perfectamente a la normativa en vigor a la hora de dictar su fallo y no sólo esto, sino que igualmente se inspiró con toda fidelidad en la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de la Ley 8/1983, norma que, como se ha dicho, introduce profundos cambios en esta materia al reafirmar el principio de culpabilidad y exigir, en todo caso, al menos la concurrencia de culpa cuando sobrevenga un ulterior resultado más grave, desderrando así los llamados delitos calificados por el resultado y, de otra parte, matizando igualmente la punibilidad del resultado ultraintencional que sólo podrá castigarse si concurre en su producción imprudencia en concurso con el castigo de la infracción dolosa que le sirve de antecedentes, tal como se ha tratado de fundar en las consideraciones anteriores, normativa que, evidentemente, resulta más favorable si se compara la pena impuesta con arreglo al sistema anterior (doce años y un día de reclusión menor) con la resultante del actual (que no puede exceder de la asignada a la imprudencia temeraria: seis años de prisión menor como límite máximo).»

Artículo 1. Preterintencionalidad. Hecho base doloso, seguido de un hecho-consecuencia que rebasa la intención del culpable. El peligro como antesala de la culpa. Imputación objetiva del resultado.

«CONSIDERANDO: Que aceptada como más favorable la sanción penal prevista por la última reforma en cuanto la preterintencionalidad heterogénea es suplantada por un concurso de infracciones —dolosa y culposa— es hora ya de examinar si en el caso de autos se dan en concurrencia tales infracciones de diverso signo culpable, siendo fácil advertir que la inicial actuación del procesado al lograr asir a la víctima (su esposa) por el cuello, apretando con fuerza hasta ver que su mujer se desvanecía, momento en que dejó de ejercer dicha fuerza, es una conducta netamente dolosa, con la única duda de si animaba al procesado un dolo de muerte o de maltrato lesivo, duda que el propio Tribunal a quo se encarga de despejar correctamente, cuando, prosiguiendo el relato fáctico, nos dice que la mujer, tan pronto la soltó el procesado, se desplomó y en su caída al suelo se golpeó contra éste en la región fronto-parietal izquierda de su cabeza, quedando jadeante y con la mirada desviada, ante cuyo estado, el procesado, temiendo por su vida y como quiera que nunca tuvo intención de matarla, cogió a María Teresa, la sentó en la mecedora que antes ocupaba y, careciendo de teléfono para avisar a un centro sanitario, corrió al Cuartel de la Guardia Civil más próximo en demanda de socorro por cuanto había sucedido, con cuya fuerza regresó al domicilio y avisó a un médico de urgencia, quien la ingresó en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social, presentando lesiones externas en cuero cabelludo y pequeño hematoma redondeado en la región de la cabeza antes aludida, no obstante lo cual falleció el 28 de marzo (los hechos ocurrieron el 22 del mismo), siendo la causa de la muerte una contusión cerebral.

CONSIDERANDO: Que de lo hasta ahora expuesto se deduce que, en orden a la calificación de preterintencionalidad propuesta por el Tribunal provincial, y que esta Sala acepta con las modificaciones que se verán, se desprende que existe: a) Un **hecho-base**, de indudable cariz doloso, constitutivo de lesiones (negado que ha sido el **animus necandi** en el procesado y en cuyo tema no es preciso ahondar más por no ser materia del recurso); b) Un **hecho-consecuencia**: la muerte de la inicialmente agredida que, efectivamente, rebasa la intención del culpable, pero que, en modo alguno, cabe calificar de fortuita, puesto que, en primer lugar, el procesado creó, con su desatada violencia, una situación de grave peligro para la integridad física de su esposa, gravedad que hubiera alcanzado a la existencia de la misma, de no haber cesado el reo en su dura presión sobre el cuello de su cónyuge al advertir los síntomas de desvanecimiento de ella, momento en que cayó al suelo donde se golpeó y produjo la otra lesión que a la postre causó la muerte: desplome de la mujer que era fácilmente previsible al quedar un tanto inconsciente, por lo que, una vez más, el peligro se convirtió en antesala de la culpa, de modo que causado y querido aquel riesgo por el procesado y siendo perfectamene previsibles sus consecuencias, aunque de hecho no se preveyeran, hay base más que suficiente —psicológica y normativa— para

dar entrada a la imprudencia punible en su máximo grado de gravedad por serlo igualmente el peligro desatado por el recurrente, y c) que finalmente se da un claro encadenamiento causal entre el hecho-base y el hecho-consecuencia a través de toda la conducta desplegada por el procesado, puesto que aparece un manifiesto enlace objetivo entre la agresión, la caída al suelo y la herida o contusión cerebral como causa última del fallecimiento, de modo que no sólo existe una completa equivalencia de tales condiciones que anteceden y constelan el resultado (en el sentido de que ninguna de ellas puede suprimirse mentalmente sin que tal resultado mortal desaparezca), sino que tal imputación objetiva subsiste igualmente con arreglo a más rigurosos criterios de adecuación y de eficiencia, pues según normas de la vida y de experiencia no es anómalo, sino de fácil percepción para el común de las gentes, que una tentativa de asfixia mecánica por constricción del cuello, aún desistida, crea un grave riesgo de inhibición vital en la víctima u otros accidentes como la caída al suelo si la víctima está de pie, también de fácil captación para el sujeto de más rústica mentalidad, con el cortejo de lesiones graves y aun mortales que toda caída inerte del cuerpo humano sobre el pavimento pueden originar, tal como pasó desgraciadamente en el caso *sub judice*.»

Artículo 69. Preterintencionalidad. La doctrina del concurso real de infracciones es aplicable también en caso de concurrir una falta dolosa de malos tratos de obra al cónyuge (artículo 583-2.º) seguida de un parricidio culposo.

«CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto se está en el caso de casar la sentencia recurrida, acogiendo en parte el único motivo del recurso que postula la aplicación del artículo 565 del Código penal en relación con el artículo 405 del mismo Código, esto es, la existencia de un parricidio culposo en lugar del preterintencional calificado en la instancia, pero debiéndose entender que existe un concurso real de infracciones, a saber, entre una falta de maltrato de obra al cónyuge del artículo 583-2.º del Código penal, en ausencia de otros datos fácticos sobre la entidad de tales lesiones y un delito de parricidio por imprudencia temeraria del artículo 565, párrafo primero en relación con el artículo 405 ambos del mismo Código penal, para cuya punición, habida cuenta el arbitrio concedido para ambas infracciones por los artículos 601 y 565, párrafo tercero, respectivamente, de susodicho código, habrán de señalarse las penas asignadas por la Ley a la falta y al delito, teniendo en mente, que este último, aunque culposo, es un parricidio, lo que le impregna de intrínseca gravedad y, sobre todo, que como hemos reiterado, existiendo en el fondo del concurso un delito progresivo preterintencional, la sanción debe correr por la media vía que corresponde a la mixtura de dolo y culpa, siempre, lógicamente, dentro de los límites asignados por los preceptos antes citados, como así se hace en el fallo que se dicta a continuación.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1984.)

CASAS BARQUERO, Enrique: «El delito de falsedad en documento privado». Editorial Bosch, Barcelona, 1984, 515 págs.

El libro recoge la tesis doctoral del autor y, como tal, sigue la metodología clásica de este tipo de trabajos de investigación. Así, los diez capítulos en que está dividida la obra siguen el mismo orden que habitualmente se sigue al estudiar los diversos elementos que integran la llamada teoría jurídica del delito, además de los dedicados a las conclusiones y al anexo con los soportes jurisprudenciales y bibliográficos.

En el capítulo primero, como parece obligado al ser de carácter monográfico, se contiene unas necesarias precisiones sistemáticas y conceptuales sobre los términos falsedad y falsificación y se hacen las oportunas referencias a su regulación en los diferentes códigos penales españoles hasta el vigente. A continuación se entra en la importante problemática del bien jurídico protegido en las falsedades documentales (fe pública, seguridad en el tráfico jurídico, prueba, etc.), sosteniendo el autor que concretamente, en la falsificación de documento privado, el bien jurídico protegido «puede estimarse constituido por el interés probatorio y documentador inherente o vinculado al documento», precisando que incluye también la potencial capacidad probatoria y documentadora del concreto documento falsificado.

En el capítulo tercero se abordan las cuestiones referentes a la «acción» y se hace un análisis de las modalidades típicas de la conducta documental falsaria, así como la delimitación de los sujetos.

Siguiendo, como ya se dijo, el esquema de los elementos integrantes del delito, se aborda en el capítulo cuarto la «tipicidad». En el análisis del artículo 306 se parte de concretar el objeto material (documento privado), pormenorizando las distintas nociones y clases de documento, así como los elementos formales, objetivos y subjetivos del mismo. Dada la expresa remisión legal en cuanto a los procedimientos de comisión contenidas en el artículo 302, se hace un interesante estudio de los mismos y se concluye el capítulo con unas páginas dedicadas a contemplar el elemento típico del «perjuicio a un tercero».

El siguiente capítulo, el V, está dedicado a la «antijuricidad». Obviamente, se contempla aquí las causas de justificación (legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber y obediencia debida), haciendo unas especiales consideraciones al problema del consentimiento del ofendido.

Se estudian en el capítulo siguiente, referido a la culpabilidad, las formas de manifestación del juicio de reproche. Al haberse configurado en el ámbito del tipo a la falsedad en documento privado como un delito portador de elemento subjetivo del injusto (el ánimo de perjudicar a un tercero), este reco-

nocimiento dogmático comporta la necesaria presencia del dolo del autor, lo que acarrea la imposibilidad de admitir la forma culposa.

El capítulo VII está dedicado a la penalidad y se indica que, a efectos de determinación de la pena, resulta indiferente que el perjuicio sea valorable, aunque en cambio no lo sea a efectos de indemnización de los daños y perjuicios causados. Se contemplan en el capítulo siguiente los grados de ejecución, la autoría y participación y los concursos de delitos y de leyes.

Como ya se dijo, los dos últimos capítulos, el IX y el X recogen las conclusiones y los anexos con las referencias a las sentencias del Tribunal Supremo y a la bibliografía citada en la obra.

En resumen, se trata de una monografía sobre un tema poco tratado generalmente por la doctrina que tiene un indudable interés porque viene a llenar, como indica el profesor Polaino, a quien va expresamente dedicada por el autor, en el prólogo de la misma, «una auténtica laguna científica, no por conocida menos evidente, en la doctrina penal española y extranjera».

Julio DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO

Departamento de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

POLAINO NAVARRETE, Miguel: «Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho Penal», Editorial Bosch. Barcelona, 1984, 546 págs.

El libro, fruto de la innegable y demostrada capacidad investigadora del autor, aborda en los diez capítulos en que está estructurado, las principales cuestiones que suelen ser tratadas generalmente en toda introducción al estudio de la llamada Parte General del Derecho Penal.

Así, en los seis primeros capítulos, se analizan pormenorizadamente la configuración científica del Derecho Penal, y la evolución histórica del concepto y su delimitación jurídica, la formulación del concepto dogmático del Derecho penal, las conexiones científicas y la metodología jurídica en el Derecho penal. En concreto, el profesor Polaino enuncia el concepto dogmático de Derecho penal, entendiendo que éste es «el conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos, conminándolos con una pena y establecen otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad, conectadas con un precedente actuar típicamente antijurídico y orientadas a la evitación de futuros delitos».

Los cuatro capítulos restantes están dedicados a exponer la teoría de las fuentes y los ámbitos espacial, temporal y procesal y el alcance internacional de la ley penal; con un especial detenimiento en el estudio de la extradición.

Con relación a la importante, y aún controvertida cuestión de la necesidad o no de ley orgánica para el establecimiento de nuevas figuras delictivas y sus correspondientes penas, el profesor Polaino, tras indicar que «a tenor del principio de 'reserva de ley' todos los actos estatalmente gravosos, a los ciudadanos requieren el fundamento de una ley formal», incide de una ma-

nera fugaz en el tema y afirma la «específica exigencia de ley orgánica, por afectar en sus consecuencias jurídicas a derechos fundamentales de la persona».

Podría parecer que la obra, de esta manera sistematizada, no aporta novedad alguna respecto de los llamados «Manuales» que últimamente han aparecido en el panorama universitario español. Sin embargo, tal aserto sería erróneo, pues la obra del profesor Polaino, si bien participa de las servidumbres de dichos textos para manejo de los estudiantes, está enriquecida con sugerentes aportaciones personales y una amplia cantidad de referencias bibliográficas, sobre todo del ámbito jurídico penal de habla alemana. Y no podría ser de otra manera, dada la intensa formación jurídica del catedrático de Córdoba en las universidades germanas. El mismo autor, en el prólogo de la obra, manifiesta su conocida devoción por los penalistas alemanes que «han sido, durante un lapso de tiempo secular, y continúan siendo hoy por hoy, los portadores, en vanguardia, de la antorcha de la Ciencia del Derecho penal».

La obra, densa en contenidos, alza su punto de mira y será de gran utilidad no sólo para los estudiantes de la universidad sino también para cuantos con una formación jurídicopenal ya iniciada, se adentren en los problemas que la Parte General del Derecho Penal plantea.

Julio DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA (República Federal)

NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NStZ)

Nr. 3. Marzo 1984

GERHARD HERDEKEN: «Bemerkungen zum Beweisantragsrecht» (Observaciones en torno al derecho de solicitud de prueba). Primera parte.

Se trata de analizar la importancia de dicho derecho frente al deber de esclarecimiento material por parte del Tribunal. Se analizan diversos aspectos de las causas de rechazo de la solicitud de prueba que juegan un gran papel en la práctica. Asimismo se analiza el problema que plantea la incomparecencia de un testigo como causa de retención oficial.

El folleto contiene además dos aportaciones cortas: la primera de Michael Behn titulada «Prozesskostenhilfebewilligung im Privaklageverfahren für Besschuldigten» (Confesión de ayuda para las costas procesales al inculpado en el proceso de acción privada); la segunda de Gabriele Wolslast: «Zur Haftung für Suizide während klinisch-psychiatrischer Therapie» (Sobre la responsabilidad por suicidio en el transcurso de una terapia clínica-psiquiátrica).

También se contiene un comentario jurisprudencial de Horst Janizewski: «Überblick weitere neue Entscheidungen in Verkehrsstraf und Bussgeldsuchen» (Examen de nuevas decisiones sobre asuntos penales de tráfico y multas).

Nr. 4. Abril 1984

H. HILDER: «Zum Rechtsweg wegen Spennenklärung und Verweigern der Aussagegebemigung in V-Mann-prozessen». (Sobre la vía judicial contra la declaración de interrupción de las comunicaciones y rechazo de la autorización de declarar en el proceso de hombre-contacto).

Se trata de una especie de agente provocador: el hombre que la policía sitúa en el interior de una organización criminal con el fin de obtener informaciones conducentes a la detención de la misma. Se analiza el valor relativo que puede tener una declaración testifical de quien, por su propia naturaleza, no comparece en el juicio oral.

H. J. RUDOLPHI: «Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantstellungen?» (¿Las comunidades domésticas como causa de nacimiento de la posición de garante?).

El problema de la causa de imputación del resultado en los delitos de omisión impropia se ha convertido, tras la introducción del párrafo 13 del Código penal alemán, en una de las cuestiones no clarificadas de la dogmática de la omisión. Uno de los puntos de debate más enriquecedores de la teoría de la posición de garante en Derecho penal lo ofrece la existencia de una comunidad doméstica que se sitúa en posición de garante; el problema consiste, pues, en si surge tal posición jurídica como consecuencia de una unidad de domicilio. Rudolphi llega a la solución negativa; al menos no surge por un mero «vivir juntos», lo que no impide que pueda surgir, por ejemplo, en los supuestos de dependencia, así como en las relaciones paterno-filiales, etc. Tampoco surge posición de garante alguna en el propietario del domicilio respecto de las personas que se encuentran circunstancialmente en el mismo. Sólo hay un deber de garantizar la no comisión de delitos por un tercero en su domicilio, por parte del titular, cuando dicho tercero utiliza la propia vivienda u objetos del mobiliario que forman una unidad con la misma como medio para cometer un hecho antijurídico. Sin duda, el supuesto planteado es el de que el titular del domicilio adquiere un deber jurídico de garantizar el no aprovechamiento del mismo por un tercero como lugar o medio de comisión de un delito. Parece, sin embargo, cuestionable, que en este caso estemos realmente ante una autoría en comisión por omisión y no ante un supuesto de complicidad necesaria que, lógicamente, implicaría la exigencia de un «animus identificable con el dolo por parte del titular del domicilio.

Como notas (Kurze Beiträge) incluye el fascículo sendos trabajos de Neufeld: »Die besondere Überwachungsmaßnahmen nach § 148 II StPO -Voraussetzungen und Anordnungs-kompetenz» (Las medidas especiales de vigilancia del párrafo 148 II StPO —requisitos y competencia para la ordenación) y de E. Göhler: Aufhebung eines Bussgeld-bescheides bei einer nachträglichen Verfahreneinstellung nach § 153 a I StPO wegen derselben Handlung?» (¿Revocación de una condena administrativa de multa por un ulterior archivo del proceso penal en virtud del párrafo 153 a I del Código procesal penal a causa de una misma acción?).

Nr. 5. Mayo 1984

H. J. RUDOLPHI: «Primat des Strafrechts im Umweltschutz?» (¿Primacía del Derecho penal en la protección del medio ambiente?).

La tarea de protección del medio ambiente corresponde, junto al Derecho penal e incluso en primera línea, al Derecho administrativo. Esta actuación conjunta de ambas ramas del ordenamiento plantea innumerables problemas que giran en torno a la cuestión de a cuál de ambas y hasta qué punto corresponde la primacía de tal protección, especialmente teniendo en cuenta

el carácter de «última ratio» propio del Derecho penal. Por otra parte, es de destacar la importancia que para el mismo tienen los conceptos elaborados por el Derecho administrativo del medio ambiente, y concretamente en torno a la contaminación del agua y del aire.

GERHARD HERDEKEN: «Bemerkungen zum Beweisantragrecht» (Observaciones en torno al derecho de solicitud de prueba). Segunda parte.

Se trata de la conclusión del artículo, cuya primera parte apareció en el fascículo anterior y que ya ha sido objeto de recensión.

H. SCHAFER: «Die Grenzen des Rechts auf Akteneinsicht durch den Verteidiger» (Los límites del derecho del defensor a examinar los autos).

Estamos ante una nueva aportación que marca el carácter predominantemente procesalista de esta publicación. Se trata en esta ocasión de confrontar el interés que pueda tener el inculpado, a través de su defensor, en llegar al sumario, con el que poseen los terceros a que permanezcan secretas determinadas actuaciones a él incorporadas.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Universidad Complutense

GOLTDAMMERS'S ARCHIV FUR STRAFRECHT (GA)

Nr. 3. Marzo 1984

INGEBORD PUPPE: «Der objektive Tatbestand der Anstiftung» (El tipo objetivo de la instigación) (& 26 StGB).

Se pretende demostrar que la relación objetiva entre la acción instigadora y el dolo del autor, en la que basa la responsabilidad, no puede residir ni en la causalidad material ni en el incremento del riesgo, sino que ha de suponer una cierta «causalidad» psíquica. Puesto que es menos significativa para el resultado que la cooperación (necesaria), resultará indispensable para fundamentar la misma penalidad que la del autor, unos requisitos complementarios, análogos a los que ha desarrollado la teoría de la participación para justificar la equiparación entre autoría mediata y autoría directa. Este requisito radica en la unidad de plan. Si bien el inducido determinará voluntariamente la ejecución del hecho, existe una cierta subordinación respecto del instigador, al comprometerse con él.

La consecuencia práctica es la eliminación de la mera indicación o provocación (Raterteilung) y de la sugerencia no obligatoria, del concepto de instigación, y su consideración como mera complicidad psicológica. De ahí se

derivan también otras soluciones para el llamado «exceso de autor» cualificado: la diferencia entre quien se encuentra induciendo a la realización del hecho y el denominado «omnimodo facturus», y los diferentes errores atípicos de instigador y autor.

Sigue la sección jurisprudencial y las notas bibliográficas, entre las que destacan la que firma Wilfried Küper sobre la recopilación de trabajos de Armin Kaufmann: «Strafrechtstogmatik zwischen Sein und Wert» (La dogmática penal entre el ser y el valor), efectuada por sus discípulos Dormseifer, Horn, Schilling, Schöne, Struensee y Zielinski, con motivo de su sexagésimo cumpleaños.

Nr. 4. Abril 1984

FRANZ STERENG: «Die Jugendstrafe wegen 'schädlicher Neigungen' (& 17 II 1 Alt JGG). Ein Beitrag zu den Grundlagen und zum System der Jugendstrafe» (La pena juvenil (s. c. internamiento en un establecimiento para jóvenes) con motivo de «inclinaciones destructivas». Contribución a los fundamentos y sistema de la pena juvenil).

La opinión dominante entiende la pena juvenil (internamiento en un establecimiento penitenciario para jóvenes) por inclinaciones destructivas como la «último ratio» de la educación, en el Derecho penal juvenil. Aquí, la pena debe estar, de acuerdo con su naturaleza pedagógica, al servicio de los intereses educativos del autor. Los estudios científicos no conceden el más mínimo crédito resocializador a dicha sanción.

Por el contrario, resultaba cuestionable si efectivamente lo que se pretendía era ayudar al menor con la imposición de la pena. Se ha demostrado que las alternativas claramente incompatibles entre pena juvenil por tendencias destructoras y pena juvenil por gravedad de la culpabilidad están, en realidad, emparentadas. Se concluye con la necesidad político-criminal de acabar con esa confusión altamente problemática que existe entre la finalidad asistencial y la mera represión penal en el ámbito de la así llamada «pena pedagógica».

PETER WILKITZKI: «Probleme der vereinfachten Auslieferung» (Problemas de la extradición pasiva simplificada).

La Ley permite la concesión de la extradición a través de un procedimiento simplificado, aun cuando no exista una petición formal de extradición. El legislador ha dejado abiertas ciertas cuestiones en torno a las consecuencias que puede producir una subsiguiente petición formal. El autor proporciona un elenco de soluciones, según los casos; concluyendo que tan sólo podrá revisarse el proceso en el supuesto de que quepa una impugnación por error de acuerdo con el Derecho Internacional de Tratados.

Nr. 5. Mayo 1984

WOLFGANG NAUCKE: «Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung» (Sobre la despenalización declarativa, aparente y real.

En esta exposición mantiene Naucke que no siempre el proceso despenalizador aparece como un triunfo de la liberalización. En muchas ocasiones, la despenalización supone un mero «encubrimiento» de la pena, que es sustituida por otras formas, a menudo más graves, de violencia. Una verdadera despenalización, que supusiera un paso liberalizador en Derecho penal, tendría que ir más allá de los términos en que se encuentra la actual discusión sobre el tema.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE: «Monismo y dualismo en el Derecho penal español».

Artículo que se corresponde con la conferencia pronunciada por el profesor Muñoz Conde en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia, así como en las universidades de Frankfurt, Erlangen, Munich y Santiago de Compostela, y la publicación recogida en el volumen VI de la Colección de Estudios Penales y Criminológicos que, dirigida por el profesor Fernández Albor, publica la última Universidad aludida.

En las citadas páginas, sobre las que no parece lógico extenderse en demasía, dado que el lector español tiene fácil acceso a ellas y el objeto de esta sección es proporcionarle información de lo que se publica fuera de nuestras fronteras, tras unas consideraciones críticas sobre la actual vigencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social con la consiguiente subsistencia de penas y medidas de seguridad post y predelictuales, se refiere el profesor Muñoz Conde a las aportaciones del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, con la introducción del sistema vicarial. Pese al avance que ello suponía, se contenían algunos supuestos de lo que el autor llama «prolongación encubierta de la pena». Hay que resaltar que el texto fue escrito con anterioridad a la elaboración de la Propuesta de Anteproyecto de un nuevo Código penal de 1983.

A continuación se contiene una aguda crítica del sistema dualista (coexistencia de penas y medidas), basada en la identidad de finalidades en la práctica, e incluso en la legislación, de ambas instituciones. Desde el punto de vista político, resulta grave, por otra parte, la posibilidad de imponer privaciones de la libertad sin contar con el límite de la culpabilidad: «Con el sistema dualista», afirma Muñoz Conde, «se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas», en el que el Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales

y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos».

Muñoz Conde, criticando las posturas mantenidas por quienes, como Stratenwerth, propugnan la superación de la idea de culpabilidad, prefiere dotar a este concepto de «un contenido capaz de incluir en él también las necesidades preventivas», en la línea de Roxin.

Para ello, hay que empezar por considerar la culpabilidad como un fenómeno social, relacionando ésta con la idea de prevención general, como afirma Hassemer, y a través de la teoría de la motivación, que ya expusiera el propio Muñoz Conde en otro artículo aparecido en el mismo G. A. (Über en materiellen Schuldbegriff —Sobre el concepto material de culpabilidad— G. A., 1978), entre otros lugares. Desde esta nueva perspectiva, mantener el Derecho penal de culpabilidad es apostar por las libertades y por los límites al poder punitivo del Estado: «El derecho de medidas sólo puede tener una importancia secundaria en el total sistema sancionatorio y, en todo caso, igual que el Derecho penal de culpabilidad, debe estar controlado y limitado por unos principios que salvaguarden los derechos individuales en la misma medida en que lo hacen los principios penales tradicionales». Así, por ejemplo, el principio de intervención mínima impedirá imponer una medida que dure más que el tiempo indispensable para eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental peligroso, aunque inculpable, y la aplicación del sistema vicarial, dando prioridad a la ejecución de la medida, debe limitar aquellos supuestos excepcionales en que ésta sea impuesta junto con una pena. Con ello, el profesor Muñoz Conde critica la regulación que preveía el P.L.O.C.P., 1980 y que no respetaba estos principios.

Debe destacarse en la sección bibliográfica las recensiones efectuadas a la 18.ª edición del Strafverfahrensrecht y a la 9.ª del Strafprozessrecht de Roxin por Priess, así como la de Eisenberg a la 3.ª edición de los Comentarios a la Ley de Ejecución Penal (Strafvollzug) de Callies/Müller-Dietz.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Universidad Complutense

ARGENTINA

DOCTRINA PENAL: «Revista trimestral», año 6, jul-sep. 1983, núm. 23. Ed. Depalma, Buenos Aires.

«La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad», de Marino Barbero Santos, es el artículo que inicia la sección Doctrina de la revista. En este estudio, el autor, tras diferenciar entre delincuencia de menores y delincuencia juvenil, plantea y responde a dos interrogantes cruciales.

En primer lugar se analiza si el temor respecto al fenómeno de la delincuencia juvenil está justificado y cuáles son sus bases. En segundo lugar se exponen las diversas soluciones.

Respecto a la primera cuestión, Barbero Santos, basándose para ello en el estudio de estadísticas, entiende que este temor no resultaría ni cualitativamente ni numéricamente justificado; planteándose a continuación, cuáles serían los factores que contribuyen a crear y exacerbar este sentimiento en el seno de la sociedad. Se estudia por consiguiente la influencia de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, el papel de las instancias de control, y en último término la respuesta que la propia sociedad ofrece ante este problema, que quedaría sintetizada como la de «una sociedad que por desear vivir sin conflictos carece de comprensión para asumirlos».

Las soluciones propuestas giran en torno a la adopción de una amplia gama de medidas político-sociales. Es de señalar, respecto de los Tribunales tutelares, que si bien éstos pueden desempeñar un papel importante respecto de las medidas a adoptar, éstas «se concretan, en último término, en un grave ataque a bienes jurídicos fundamentales, que sólo es admisible si quien lo decreta es la autoridad judicial y la imposición se realiza sin quebrantar las garantías procesales para los adultos en la jurisdicción ordinaria».

En el segundo artículo, «Penas y medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código Penal brasileño», René Ariel Dotti realiza un análisis de las penas y medidas de seguridad previstas en el Código Penal y las diversas reformas de que son objeto en el Anteproyecto.

Es de destacar respecto de la cárcel, como ésta aún siendo objeto de profundas controversias y críticas, sigue constituyendo la «columna vertebral» del sistema.

Se estudian también las nuevas penas patrimoniales previstas, que responden a dos especies de sanciones, siendo concebidas por el Anteproyecto como multa penitenciaria y multa sancionatoria.

El autor, que ya había mantenido en trabajos anteriores la necesidad de la extinción de las penas accesorias, analiza las razones que han llevado a su abolición.

Por último, se subraya respecto de las medidas de seguridad, el avance que realiza el Anteproyecto en aras a dotarlas de «las mismas garantías que el principio de la legalidad establece para la pena».

En definitiva, en este trabajo se utiliza el método comparativo para realizar un pormenorizado estudio de las incorporaciones y avances que el Anteproyecto de 1981 supone respecto de las penas y medidas de seguridad que «procura abrir nuevos horizontes en el panorama de las reacciones criminales».

El último artículo de la sección Doctrina corresponde a Edmundo S. Hender, que aborda «El concepto de "subversión" y los delitos económicos». En él se expone un estudio detallado de la ley 20.840, de 28/9/74 en Argentina acerca de la «Represión de las actividades subversivas en sus distintas manifestaciones». El autor centra su análisis en los artículos 6 a 9 de la citada ley, referida a delitos económicos.

Este trabajo se orienta a precisar el concepto de subversión, así como su posible aplicación a los delitos económicos. La disyuntiva está planteada entre estimar como subversión económica «los delitos que deliberadamente

tiendan a trastornar o destruir el orden establecido» o bien admitir como subversivos comportamientos que por sus consecuencias produzcan una gran magnitud de daños (criterio cuantitativo).

Esta discusión es especialmente relevante en orden a diferenciar la subversión económica de los fraudes comunes, pues la citada ley permite el encarcelamiento precautorio en relación a los delitos susceptibles de ser catalogados como subversivos.

Finaliza Hendler con unas reflexiones acerca de la dificultad de combatir este tipo de delitos con medidas tales como la privación de libertad, y con algunas consideraciones críticas acerca de la efectividad de esta ley para conseguir los objetivos en ella propuestos.

Contiene esta revista la habitual sección de Jurisprudencia, así como un extenso análisis del nuevo Código Penal de Panamá. Merece un comentario la sección Debate realizada por J. E. Malamud Goti, donde se discuten los puntos de vista sostenidos en «Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal» de Bustos Ramírez.

Es de destacar, por último, la amplia y completa sección destinada a bibliografía, donde se recogen múltiples reseñas de libros de gran actualidad e interés para aquellos dedicados a estudios penales y criminológicos.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

1984, números 1 a 6

SUMARIO DOCTRINAL:

- N.º 1. J. VERHAEGEN, *El problema penal de la disuasión nuclear*.
 A. ANDREIS, *Para una consideración de la competencia de las jurisdicciones nacionales sobre el empleo de armas nucleares*.
 J. PH. LEYENS, *Violencia concreta individualizada o violencia abstracta colectiva: algunos determinantes psicológicos*.
- N.º 2. J. LECLEROQ, *El Fiscal general ante la Corte de apelación. Algunos aspectos de su función*.
 A. SPIELMANN, *Ejecución de las prohibiciones judiciales de conducir en el Gran Ducado de Luxemburgo*.
- N.º 3. M. DELMAS-MARTY, *La duración de la sentencia: estructuras y estrategias del sistema penal francés*.
 A. WIJFFELS, *La igualdad y el sistema de dias-multa*.
- N.º 4. D. REIFEN, *Observaciones sobre la nueva ley israelí relativa a los tribunales de jóvenes*.
- N.º 5. J. F. ELENS, *Las armas nucleares*.
- N.º 6. C. VAN DEN WIJGAERT, *Estructuras y métodos de la cooperación internacional y regional en materia penal (1.ª parte: la competencia)*.
 F. THOMAS *Estructuras y métodos de la cooperación internacional y regional en materia penal (2.ª parte: las infracciones internacionales y la colaboración represiva)*.

La elaboración teórica del Derecho penal internacional goza en Bélgica de gran raigambre, como corresponde a una nación que, con su ley de 1.º de octubre de 1833, dio carta de naturaleza a un sistema extradicional de aceptación casi universal a finales de siglo. Por otra parte, la específica posición belga en el entramado internacional (Benelux, ONU, OTAN, CEE, OCDE, etcétera) ha impulsado la aparición de un buen número de convenios bi o multilaterales, que han incidido directa o indirectamente en el ámbito jurídico-penal, sustantivo y procesal.

No puede, por tanto, sorprender la dedicación preferente de la *Revue de Droit pénal et de Criminologie* al Derecho penal internacional y al Derecho internacional penal. El número 6 de 1984 recoge los informes presentados por C. van den Wijngaert y F. Thomas al Coloquio preparatorio del XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, ambos sobre la cuestión «Estructuras y métodos de la cooperación internacional y regional en materia penal».

El primero de ellos constituye una exhaustiva exposición del Derecho interno regulador de la aplicación de la ley penal en el espacio (arts. 3 y 4 del Código penal y 3 y 14 del Código de procedimiento penal) y de las disposiciones internacionales que amplían la competencia del juez nacional más allá del ámbito fijado por el Derecho interno. El principio de territorialidad, según norma generalizada en los ordenamientos europeos, reviste una importancia primordial como fundamento primero de la competencia en materia represiva. La competencia extra-territorial —siempre subsidiaria, facultativa, excepcional y limitada en atención a la nacionalidad del inculpa-do o de la víctima, a la naturaleza o gravedad de la infracción, o, finalmente, a la ley penal extranjera— se concreta en los principios de personalidad, de protección y de universalidad. De la aceptación de todos ellos por el Derecho penal belga se brinda una amplia información, complementada con proposiciones *de lege ferenda*, que podrán ser tenidas en cuenta por la «Comisión para la revisión del Código Penal», que en su «Informe sobre los principales fundamentos de la reforma», publicado en 1979, proclamaba su intención de renovar las reglas que disciplinan la aplicación de la ley penal en el espacio.

Esta misma «Comisión para la revisión del Código Penal» acepta, como un principio rector de sus propuestas, la adecuación del Derecho penal común a los compromisos internacionales asumidos por Bélgica. En su virtud, se proyecta hoy la incriminación de ciertos atentados a los derechos fundamentales, como pueden ser las prácticas de torturas o determinados ataques a la intimidad. Se continuaría así, según analiza F. THOMAS, un proceso ya largo, que arranca del Convenio sobre represión de la difusión de publicaciones obscenas y concluye, provisionalmente, en la Ley de 3 de julio de 1981, que penaliza las conductas racistas o xenofóbicas, en los términos previstos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966. Entre ambas fechas se han incorporado al inventario de hechos delictivos un buen número de figuras de origen convencional, que, junto a los vínculos que aseguran la colaboración policial y a las reformas procesales orientadas en el mismo sentido, concretan, en Bélgica, el entramado de estructuras de cooperación internacional y regional en materia penal.

El estudio del Derecho internacional penal no es un bizantinismo académico. Su trascendencia, evidente en tantos órdenes, viene hoy subrayada por un fenómeno relativamente nuevo, pero de una entidad tal que huelga, por obvios, los calificativos. Se trata de la proliferación del armamento nuclear.

La masiva instalación de proyectiles nucleares de alcance medio en suelo europeo, por parte de la OTAN, ha reavivado, en efecto, el interés doctrinal, pluridisciplinar, por el fenómeno, hasta el punto de que el número 1 de la *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* está específicamente dedicado al tema «Armas nucleares y Derecho penal».

Su estudio debe enmarcarse en el más amplio del Derecho penal de guerra. Y, ya en este ámbito, hay que reconocer, con J. Werhaegen, que era fácil para los tribunales de Nürenberg y Tokyo, en cuanto que juzgaban a ciudadanos de las naciones vencidas, apelar a la primacía de las obligaciones humanitarias sobre las órdenes recibidas del Estado, en la medida en que, al darlas, éste hubiera sobrepasado los poderes reconocidos por el Derecho internacional. Pero parece tarea más ardua la de aplicar los mismos criterios a compatriotas culpables de excesos en el ejercicio de un cargo oficial: así lo evidencia el enjuiciamiento de los métodos empleados por la policía francesa con ocasión de la guerra de Argelia, de los oficiales norteamericanos implicados en el asunto de My Lai, o de los dignatarios políticos y militares israelíes responsables de los sucesos de Sabra y Chatila. Estos acontecimientos prueban las dificultades de enfrentarse a la inasequible, por proteica, razón de Estado. No obstante, el Derecho de guerra existe. Y el catálogo de prohibiciones no se agota en las de origen convencional internacional, sino que encuentran acomodo, también, en el Derecho penal interno. Su violación, aún motivada por órdenes superiores, no puede, por otra parte, justificarse apelando a la obediencia debida, máxime cuando la ley belga de 14 de enero de 1975, que contiene el reglamento disciplinario de las Fuerzas Armadas, consagra, en su artículo 12.2.2, la prohibición, para todo miembro de las mismas de ejecutar una orden «... si esta ejecución pudiese implicar de modo manifiesto la perpetración de un crimen o un delito».

Con este punto de partida, el autor analiza la utilización de armamento nuclear como acto de guerra ilícito, lo que, naturalmente, tiene consecuencias en el ámbito penal. Las decisiones de instalar en territorio belga armas de efectos tales que su uso pueda considerarse ilícito, desde el punto de vista del Derecho de guerra, y el despliegue de tropas autorizadas a recurrir eventualmente a métodos de guerra condenados por las leyes, pueden acarrear para los autores, civiles o militares, las penas de los artículos 327, 329, 233 y 234 del Código penal; y estas consideraciones serían extensibles, en aplicación del artículo VII de la Convención sobre el Estatuto de las fuerzas de la OTAN, del 4 de abril de 1949, a los miembros de estas fuerzas estacionadas en suelo belga.

A conclusiones semejantes llega el trabajo de A. Andreis. En su primera parte se contrastan los datos del informe de la Organización Mundial de la Salud, presentado en su 36 Asamblea (Ginebra, 24 de marzo de 1983), con testimonios aportados por supervivientes de los dos únicos bombardeos atómicos de la historia, y con el ordenamiento jurídico vigente, de todo lo

cual se infiere que el empleo de armas nucleares, por sus consecuencias tanto respecto a los combatientes como a los que no lo son, está prohibido por el Derecho de guerra aplicable en Bélgica, sin que quepa admitir, como causas de justificación, ninguna de las numerosas metamorfosis de la razón de Estado (legítima defensa, estado de necesidad, derecho a la represalia, principio de proporcionalidad, derecho a respuesta nuclear frente a un ataque convencional en situación grave) dirigidas, en definitiva, a enmascarar el argumento de fondo que las inspira, y que no es otro que la inadmisibles idea de que las necesidades militares prevalecen sobre los derechos del hombre.

En la segunda parte de este estudio, se examina la función del Derecho penal interno en la represión de los crímenes de guerra, para concluir que, en los ámbitos relacionados con el armamento nuclear, por las características apuntadas anteriormente, el militar tiene derecho a desobedecer órdenes de contenido ilícito y que, de no hacerlo, no podría acudir a una inexistente obediencia debida. Igualmente es exigible al poder judicial el cumplimiento de su deber de intervenir en la persecución de hechos en los que concurren graves indicios de criminalidad.

Los trabajos de J. Ph. Leyens —que desde una perspectiva psicológica llega a las siguientes conclusiones: la disuasión es una realidad psicológica efímera; la amenaza no se satisface consigo misma, implica su realización; las consecuencias de esta realización aparecen como abstractas y ajenas a las buenas gentes dóciles, que, en cualquier caso se saben no responsables— y de J. F. Elens —una exposición de los intentos internacionales de prohibición del uso de armas nucleares, recogida en el número 5 de la *Revue*— completan el panorama del tratamiento doctrinal belga sobre tan sugerente, aunque quizá más aún no suficientemente perfilado, objeto de estudio.

Además de los trabajos comentados, hay que hacer referencia expresa a los de A. Spielmann, A. Wijffels y M. Delmas-Marty, dedicados al estudio, respectivamente, de la ley luxemburguesa de 9 de junio de 1982, del sistema de días-multa en el Derecho comparado, con a proposiciones de *lege ferenda* para el ordenamiento belga, y, finalmente, de los criterios determinantes de la duración de penas y medidas de seguridad en el Derecho vigente y en el Anteproyecto de Código penal francés.

Dos elementos son comunes a todos ellos: la temática —penológica— y la perspectiva desde la que se aborda su tratamiento —preocupación por la igualdad sustancial ante la ley penal. El logro de esta igualdad requiere, y en ello inciden los tres autores, conjugar la igualdad formal con el empleo de correctos mecanismos individualizadores, puesto que, con palabras de M. Delmas-Marty, «... tan cierto es que una individualización excesiva puede estar abocada a la arbitrariedad del juez o de la Administración, como que una igualdad formalista puede llevar a la ineficacia de las penas, cuando no a la injusticia».

JUAN M.^a TERRADILLOS BASOCO
Departamento de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

COLOMBIA

«Derecho Penal y Criminología», Revista del Instituto de Ciencias Penales Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. VI, núm. 21, sep-dic. 1983. Ed. Librería del Profesional.

El artículo «La posición de la pena privativa de libertad en la reforma penal alemana en comparación con el Derecho colombiano» del profesor H. H. Jescheck, con que se inicia la revista, parte de una idea básica expresada en el objetivo de que «la pena privativa de libertad se ha convertido de hecho en la última ratio de la política criminal».

El autor compara la situación legislativa alemana y colombiana fundamentalmente en relación a las penas privativas de libertad. Se destaca la unificación de la pena privativa de libertad y la introducción del sistema escandinavo de días-multa en el Código Penal alemán de 1975.

En Colombia, el Código Penal de 1980, si bien mantiene una diferenciación respecto de la prisión y arresto, la ejecución de ambas es tratada de igual modo; el sistema escandinavo de días-multa no ha sido introducido totalmente, pero sí se puede afirmar mediante la interpretación conjunta de los preceptos del Código Penal, una cierta aproximación a él.

Los fundamentos de la política criminal en el ámbito de las sanciones responden en Alemania a dos principios: «el menor uso posible de la pena privativa de libertad y el principio de culpabilidad como fundamento de la determinación de la pena». Estructurándose en base a ellos las medidas sancionatorias. En Colombia, si bien el principio de culpabilidad pareciera seguir la misma dirección, no se puede predicar lo mismo respecto al uso restrictivo de la pena privativa de libertad, que sigue constituyéndose como la «sanción normal frente a la criminalidad leve y menos grave».

Realiza, por último, el autor un estudio comparativo de las penas privativas de libertad de corta, media y larga duración, planteando su estructuración en ambos Códigos Penales y analizando el grado de aplicación práctica de las mismas.

El auge de la multa como sustitutivo de las penas cortas de libertad justifica la actualidad del estudio realizado por E. Saavedra Rojas, «Las penas pecuniarias», donde se analiza especialmente la multa.

El Código Penal de Colombia, al incorporar a su sistema punitivo la multa, ha establecido asimismo la posibilidad de amortizarla mediante el trabajo gratuito en favor del Estado o la comunidad. Se contempla como tercera posibilidad el arresto sustitutorio en caso de impago si bien esta posibilidad se ve restringida a los casos en que la multa se impone como pena única y principal.

Se exponen los diversos sistemas existentes en relación a la multa y en este sentido son objeto de consideración el sistema escandinavo, el sistema de la multa duradera, temporal o escalonada y el sistema de igualdad.

Paralelamente, es de destacar el análisis minucioso realizado sobre las características, ventajas y desventajas que presenta la multa, así como su importancia práctica.

Las conclusiones que este estudio permite extraer en aras a mejorar la solución legislativa adoptada en el Código Penal de Colombia son ampliamente expuestas; merecen especial atención las propuestas tendentes a ampliar las posibilidades de aplicación del arresto sustitutorio a la par que se señala la necesidad de buscar alternativas distintas del arresto sustitutorio con el fin de evitar que los efectos del impago de la multa recaigan exclusivamente sobre los sectores más débiles económicamente de la sociedad. Asimismo se señalan posibles criterios que atendiendo a la diferente valoración jurídica de los diversos bienes, establezcan la necesaria y adecuada proporción de la duración del arresto sustitutorio.

En el artículo de Eduardo Novoa Monreal, «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», se plantea la equívocidad del concepto derecho económico, la imposibilidad de definirlo con validez universal y en consecuencia la imprecisión del delito económico.

Esta afirmación es basada en un estudio de los diversos sistemas de organización socio-económica, mediante el cual el autor demuestra que el ámbito y extensión del delito económico estará delimitado precisamente por el marco político y económico. En esta línea de análisis se sostiene que el Estado democrático y social de derecho, en la medida que se atribuye una intervención en la economía, desarrolla un conjunto de normas que son las que conforman el derecho económico.

Estas atribuciones estatales de intervención en el terreno económico, permiten no sólo delimitar certeramente la extensión del propio concepto, sino asimismo señalar cuál es el bien jurídico protegido, y por consiguiente «todo delito económico tendrá como bien jurídico protegido propio algún aspecto del orden público económico concreto establecido en un país determinado».

Contiene asimismo la revista una sección de Criminología que en esta ocasión consta de dos artículos: «Las ideas penales y criminológicas de Simón Bolívar», a cargo del Dr. E. Gómez Grillo, y «Desarrollo y tendencias de la criminalidad y algunos criterios para su prevención», por E. Carranza. Por último, la sección de Jurisprudencia recoge un extenso comentario acerca del problema de la extradición en base al Tratado entre los gobiernos de los Estados Unidos y de Colombia, por el Dr. A. Gómez Méndez.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

**«Nuevo Foro Penal», Revista Bimestral año V, marzo-abril 1983, núm. 18.
Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1983.**

Consta esta revista de dos secciones, la primera de ellas, Doctrina, se inicia con el artículo «La distorsión del sistema penal», a cargo del profesor J. M. Rodríguez Devesa.

El autor analiza el gran aumento de delitos producidos en la última década, a la par que estudia la falta de compenetración existente entre los diversos estamentos, jueces, policía y funcionarios de prisiones, relacionados con el

tema. Se abordan asimismo las posibles soluciones, criticando el uso excesivo de medidas legislativas con las que se pretende atajar el problema.

«La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana», por el profesor H. Joachim Hirsch, expone con detalle la situación legislativa al respecto, anterior a la reforma de 1974. Se estudia pormenorizadamente la ley de reforma de 1974 y el fallo del Tribunal Constitucional que modificó la solución de plazos propuesta por la ley antecitada.

El autor realiza un minucioso estudio de la actual legislación resumida en «la solución de indicaciones tendentes a la solución de plazos», y valora asimismo las consecuencias prácticas de esta reforma. Comprende, por último, un análisis acerca de cuál de las dos soluciones (indicaciones o plazos) presenta mayores ventajas.

J. E. Valencia M. plantea en su artículo «La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal colombiano», la necesidad de precisar la acción material en el delito de hurto, debido a la inseguridad que el uso de múltiples conceptos considerados como análogos pudiera provocar.

En este sentido, se realiza una evolución de las diversas teorías, y se exponen la «contractatio», la «amotio», la «illatio rei», la «locupletatio» y la «ablatio». Actualmente, dos posiciones son las predominantes, la que sostiene «que el delito está consumado cuando en algún instante existe en manos del autor la perspectiva cierta de disponer materialmente del bien, aún por escasa fracción de segundos» (teoría de la disponibilidad) y la segunda «cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa» (teoría del desapoderamiento). La problemática que comportan ambas posiciones son estudiadas por J. E. Valencia, mostrándose partidario de que «El criterio de disponibilidad posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desplazamiento (mero desplazamiento del objeto) define la acción típica».

El artículo «Historia y Crisis de la pena de prisión», de Dr. Carlos A. Elbert recoge los orígenes de la cárcel y fundamentalmente cuáles son «los motivos que llevaron a concentrar grandes cantidades de personas en edificios cerrados». Se estudia la convulsión social producida en los siglos XVII-XVIII, así como la necesidad de encerrar a los que se encuentran sin trabajo, orientación que varía en épocas posteriores en que se trata de dar trabajo a los encerrados.

Se abordan también las distintas teorías que han intentado justificar la privación de libertad, realizándose por último una valoración de los factores negativos de la cárcel, entre los que se comentan especialmente la deprivación o prisionalización, la criminalización y estigmatización.

El artículo del Dr. Roberto Bergalli, «Diez últimos años de Criminología argentina: La epistemología del terror», pone punto final a la sección Doctrina.

Si bien está centrado en el estudio de la década de los setenta, se exponen asimismo las causas que llevan a la configuración del actual Estado. Se argumenta cómo para la imposición de una determinada política eco-

nómica, ha sido necesaria la práctica de la represión más indiscriminada, en que «toda el área del control penal se convierte en una cuestión de orden público».

En este estudio amplio y detallado se recogen no sólo las diversas leyes dictadas a tal efecto, sino también y fundamentalmente las repercusiones que ha tenido la doctrina de seguridad nacional, «De aquí arranca, por un lado, el principio de subsidiariedad del Estado en la iniciativa económica, quedando expedito el camino para el capital multinacional y, por otro, el papel trascendente que deben jugar las fuerzas armadas. Ellas se ven así inmersas en lo que se denomina la guerra total, la tercera guerra mundial o el estado de guerra permanente».

Paralelamente se analizan las posiciones de la criminología en Argentina, la criminología aplicada o administrativa y académica o descriptiva, y su incidencia al equiparar disidencia política con criminalidad común y conceptos tales como peligrosidad y seguridad.

La sección de jurisprudencia recoge numerosos comentarios centrados en la problemática de la inimputabilidad; encontrándose por último la sección de bibliografía.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

ITALIA

L'INDICE PENALE

Septiembre-diciembre 1983

RIZ, R.: «Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa», págs. 495-515. (Peligro, situación de peligro, conducta peligrosa).

El presente artículo tiene por objeto, en palabras del autor, realizar algunas reflexiones sobre el concepto de peligro a la luz de las nuevas aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia.

Partiendo de la discusión doctrinal en torno al concepto de peligro, entendido éste bien como *posibilidad* o *probabilidad* de verificación de un resultado lesivo, Roland Riz entiende que el concepto de peligro debe derivar de un juicio de «*relevante posibilidad*» y no de un juicio de «*probabilidad*». La probabilidad implica la subsistencia de mayores posibilidades de verificación de un resultado, lo que supondría una valoración matemático-estadística que debe ser rechazada por cuanto también se dan situaciones de peligro cuya posibilidad de concreción en un resultado lesivo es inferior a la media, esto es, poco probable.

A continuación, el articulista señala que la existencia real del peligro debe constatarse por medio del conjunto de condiciones objetivas que en base a

la experiencia común posibilitan la realización de la lesión (valoración objetiva *ex ante*).

Riz en este artículo traza también la distinción entre «situación de peligro» y «conducta peligrosa». La primera comprende aquellos estados de hecho o comportamientos que no estando prohibidos por la norma penal, esto es, no descritos como hecho punible, llevan implícitos la relevante posibilidad que den lugar a una conducta peligrosa del agente. Por el contrario, la «conducta peligrosa» supone la acción u omisión peligrosa prevista como hecho punible.

El trabajo concluye con unas consideraciones sobre conducta peligrosa y causas de justificación. En particular, se analiza la problemática del consentimiento y sus límites como causa de justificación.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

LA GIUSTIZIA PENALE

Abril 1984

MANNA, A.: «L'operatività del consenso presunto nell'ordinamento penale italiano», II, 231 (La operatividad del consentimiento presunto en el ordenamiento penal italiano).

En este trabajo se analiza en primer término la estructura del consentimiento presunto y se señala que de consentimiento presunto puede hablarse sólo cuando el agente es consciente que el sujeto pasivo no ha prestado su consentimiento, pero que en base a las circunstancias concretas de haber podido lo hubiese hecho. A continuación Manna precisa que el consentimiento presunto afecta tanto a los supuestos en los que el agente ha actuado para proteger los intereses del perjudicado como a los casos en que se actúa en beneficio propio o de un tercero.

Analizadas las diversas teorías que entienden el consentimiento como una causa de justificación o como causa de exclusión de la tipicidad, el articulista se muestra partidario de la primera solución, señalando en este sentido que la esencia del consentimiento debe encontrarse «en la razonable presunción del consentimiento mismo», por ser este tipo de consentimiento una modalidad del consentimiento expreso.

A efectos de determinar si dicho tipo de consentimiento tiene validez en el ordenamiento italiano, Manna plantea, como cuestión previa, el problema de la admisibilidad de causas de justificación supralegales en relación con el C. p. italiano, cuestión que solventa de modo afirmativo, para a continuación establecer que en los casos de consentimiento presunto debe aplicarse el artículo 50 de forma analógica.

Examinadas las incidencias de dicho tipo de consentimiento en relación con el error y la participación, el autor se ocupa de la problemática que plan-

tea el tratamiento médico quirúrgico y algunos delitos en particular, como el de falsedad en documento privado, para terminar el trabajo con unas consideraciones de *lege ferenda* en las que se propone una tipificación expresa de dicho tipo de consentimiento.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA

THE HOWARD JOURNAL OF CRIMINAL JUSTICE (1)

Volumen 23, número 1, 1984

BRITTAN, León: «A strategy for criminal justice» (Una estrategia para la justicia criminal), págs. 3-10.

El texto del presente artículo se corresponde con el de la alocución dirigida por León Brittan, secretario de Estado del Departamento del Interior (2), a la Asamblea General Anual de la **Howard League**, el 26 de octubre de 1983, y en él pretende explicar alguno de los elementos de la estrategia sobre la que se sustentan las medidas que, en materia de política criminal, fueron anunciadas por el autor ante la Conferencia del Partido Conservador, celebrada en Blackpool en el propio mes de octubre de 1983.

Muy recientemente, en un trabajo publicado en esta misma revista, Neil Morgan (3) advertía del resurgimiento de las tesis retribucionistas en Gran Bretaña, actitud auspiciada y sustentada por el Partido Conservador, en el poder, y efectivamente, aunque con la moderación propia del político que ejerce funciones de gobierno, eso es lo que parece traslucirse del texto, por lo que parece hay que darle la razón a Morgan. Este «nuevo retribucionismo» (4) tiene, desde el punto de vista político, cierto tinte «populista», en

(1) El cambio de denominación de esta revista, hasta ahora llamada *The Howard Journal of Penology and Crime Prevention*, «no pretende significar una ruptura radical con el pasado —según nos explica un Editorial que abre el número— sino que debe ser visto como una progresión natural dentro del desarrollo habido en los diez últimos años (...). La expresa ampliación del título del *Journal*, para reflejar su interés en los aspectos principales del proceso criminal, la política penal y la prevención del delito, también pone de relieve la importancia de una aproximación a estos temas».

(2) El secretario de Estado del Departamento de Interior ejerce, en Gran Bretaña, las mismas funciones, por lo que a la política criminal se refiere, que el Ministro de Justicia en España. Incluso tiene asumidas mayores competencias, pues designa jueces, otorga las licencias de libertad en aplicación de la *parole*, etc. Por ello el presente discurso tiene una gran importancia, ya que en él se están perfilando y anunciando las medidas legislativas que a corto plazo se van a adoptar, fundamentalmente, en Inglaterra y Gales y, por eso, en la presente recensión se le ha otorgado una especial relevancia.

(3) «Non-custodial penal sanctions in England and Wales: a new utopia?», en el volumen 22, núm. 3, 1983, pp. 148-167. Este trabajo fue objeto de comentario en esta misma sección, v. *ADPCP*, I, 1984, págs. 280-283.

(4) Por utilizar los mismos términos que Luciano Eusebi, v. «La 'nuova retribuzione'.—Sezione I. Pena retributiva e teorie preventive», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, págs. 914-969. La segunda parte

la medida en que las decisiones de política criminal que se tienden a adoptar van encaminadas a satisfacer los impulsos o demandas, surgidas de la opinión pública, como consecuencia reactiva frente al delito (5).

«En el centro de esta estrategia —nos dice Brittan— se sitúa la necesidad de mantener el imperio de la ley, lo que, sucesivamente, significa prevenir y detectar los delitos y castigar a aquellos que los cometen» (pág. 3). Para ello, entonces, se hace necesario, por una parte, aumentar la eficacia policial y, por otra, adoptar medidas a otros niveles; así, por ejemplo, es necesario que las autoridades locales tomen conciencia de la importante relación existente entre el diseño, por ejemplo, de los planes urbanísticos, con el correspondiente asentamiento de nuevas familias en determinadas zonas o barrios, y el posible surgimiento de nuevos comportamientos delictivos. También es necesario, según el secretario de Interior, tener muy en cuenta la importancia que tiene la formación y disciplina en la escuela primaria, y, de la misma forma, la lucha contra el absentismo escolar en la prevención de la delincuencia.

Entre los planes del Gobierno también se encuentra el de recabar mayor cooperación ciudadana en la detección y denuncia de los delitos. Este es el sentido que tienen los programas de «Neighbourhood Watch» (Vigilancia Vecinal) en Londres y otras ciudades.

En las palabras de Brittan también se encuentra una llamada de atención sobre lo que para él es la necesidad de que las sentencias judiciales se ajusten más al sentir público, y esto, según él, implica la imposición de largas condenas para los delitos más graves, condenas razonablemente cortas en aquellos casos en que la prisión sea inevitable y evitación de la custodia cuando ello sea posible.

Por otra parte, el problema de la superpoblación en los centros penitenciarios, con lo que ello implica de conflictividad y, consecuentemente, de alarma social, obliga al autor, de un lado, a anunciar modificaciones en el sistema de *parole* (6) para descongestionar, en lo posible, los establecimientos; de otro, a advertir sobre la posibilidad de desarrollar nuevas alternativas a la pena de custodia, entre las que se estima el arresto de fin de semana, desconocido, hasta el presente, en el sistema penal inglés. Este es el debate en el que se ha visto envuelta la política criminal del Reino Unido desde la II Guerra Mundial: necesidad de luchar contra el creciente aumento de la delincuencia y necesidad de reducir el índice de población penitenciaria con medidas alternativas a la prisión.

se encuentra publicada, bajo el título «La 'nuova retribuzione'.—Sezione II. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza», en la misma revista, 1983, págs. 1315-1357.

(5) Sobre las características asignadas a esta nueva teoría retributiva v. la primera parte del trabajo de L. Eusebi, cit.

(6) Por cierto que estas modificaciones, anunciadas ya en Blackpool, «parecen confirmar la influencia del 'pragmatismo penológico' y la restricción propuesta en la puesta en libertad de aquellos reos condenados a más de cinco años por delitos violentos o por tráfico de drogas, simplemente van a servir para incrementar las anomalías existentes» (v. Keith Bottomley, A., «Dilemmas of parole in a penal crisis», en este mismo número de esta misma revista, pág. 40. Este trabajo es objeto de una extensa consideración *infra*, tras cuya lectura se comprenderá el porqué de introducir esta cita).

La cuestión de la superpoblación carcelaria le merece a Leon Brittan la suficiente importancia como para dedicarle un amplio apartado a la cuestión de la **diversión from custody** (la diversión de la custodia). En él reflexiona sobre la posibilidad de evitar el ingreso en prisión, mediante la adopción de medidas alternativas, entre las que menciona algunas en estudio, de determinado tipo de delinquentes, «cuyo internamiento parece casi inevitable, pero del que se obtiene muy poco beneficio, tanto para él como para la comunidad (página 5). Entre éstos se encuentran los que no pagan las multas judiciales, los que él denomina delinquentes alcohólicos (que normalmente ingresan en prisión precisamente por no pagar las multas impuestas por los jueces) y los delinquentes mentalmente inestables.

La última parte de la conferencia está dedicada a conclusiones. Dos consideraciones fundamentales son las que —dice Brittan— van a guiarle en la consecución de sus propósitos: la búsqueda del equilibrio, por una parte, y la de la confianza, por otra. Equilibrio entre lo que él considera un trasnochado reaccionarismo y un ultraliberalismo permisivo. En prisión deben permanecer todos aquellos a los que, el interés público, aconseja que permanezcan, pero no deben ingresar en ella, por que es cruel e inhumano, otros sujetos por el mero afán retributivo. En otro orden de cosas, la labor de los diferentes órganos de la justicia criminal, en especial la de los jueces y tribunales, debe contar con el suficiente respaldo en la opinión pública, para lo cual ésta debe ser adecuadamente informada, en términos comprensibles, de las bases y esencias del sistema de justicia criminal y del sistema penitenciario. De esta forma, las sentencias judiciales se ajustarán más fielmente al sentir público.

WILKINS, Leslie T.: «U.K./U.S.A. Contrasts in criminology: a personal view» (El Reino Unido y los Estados Unidos de América: contrastes en criminología; una visión personal), págs. 11-23.

El presente trabajo pretende realizar un estudio comparativo entre las diversas analogías y diferencias en los problemas sociales, en la metodología de la investigación criminológica, el sistema de justicia criminal, el sistema penitenciario, etc., de los EE.UU. y Gran Bretaña. Abarca, quizá, excesivos puntos de la variadísima problemática que ofrecen los temas citados, sin detenerse con mucha profundidad en ninguno en particular y está, fundamentalmente, basado en la experiencia personal del autor que, aun siendo británico, trabajó durante varios años en los EE.UU.

KEITH BOTTOMLEY, A.: «Dilemmas of parole in penal crisis» (Dilemas de la parole en la crisis penal), págs. 24-40.

En 1968, como consecuencia de las previsiones de la **Criminal Justice Act** de 1967, se introduce en el sistema penal inglés la institución de la **parole** (7).

(7) Se prefiere mantener el término original inglés, porque aunque se suele traducir, normalmente, por «libertad condicional» o «libertad bajo palabra», no me parecen correctas ninguna de ambas expresiones. La primera, porque al reo que se pone en libertad, en virtud de lo dispuesto por la *Cri-*

Conforme, pues, a lo dispuesto en la sección 60, subsección 1.ª, de aquélla, el secretario de Estado de Interior puede, si así lo recomienda la **Parole Board** (8), otorgar una licencia de libertad a toda persona que se encuentre cumpliendo una condena de prisión, que no sea de cadena perpetua, siempre que haya cumplido, al menos, un tercio de la misma o, en cualquier caso, doce meses del total impuesto. Semejante novedad, constituyó «una de las más importantes iniciativas de la política criminal de la post-guerra», siendo, además, «el número de reos beneficiados por la **parole** que reingresan en prisión cada año, por haber cometido nuevos delitos durante el periodo de licencia, tan sólo del 5 por 100 del total de los puestos en libertad anualmente». Pues bien, «¿por qué, entonces —se pregunta el autor—... con semejante cifra de éxitos continúa siendo, el sistema inglés de la **parole**, polo de atracción de una corriente crítica proveniente tanto de los criminólogos como de los propios reclusos?» (pág. 24). Fundamentalmente, opina Keith Bottomley, por una serie de circunstancias y anomalías, que se van exponiendo a lo largo del trabajo, y para las que trata de ofrecer solución como conclusión final del mismo.

El sistema inglés de la **parole** representa para este autor un ejemplo prototípico de «pragmatismo penológico»: su nacimiento y posterior desarrollo a lo largo de los años setenta, obedece más a la voluntad política de descongestionar o vaciar los establecimientos penitenciarios, que a una base teórica, previamente formulada, lo que ha provocado una ausencia de criterios o principios rectores claramente determinados para orientar su aplicación práctica (9).

minimal Justice Act de 1967, se le pueden o no imponer condiciones (sección 60, subsección 4.ª). La segunda, porque, por lo menos en lo que a Inglaterra respecta, el reo no se encuentra legalmente obligado a otorgar promesa o palabra alguna de no volver a delinquir o de observar buen comportamiento. La sección 60 de la disposición antes citada, habla de «release on licence», que viene a ser algo así como otorgar una licencia de libertad.

(8) Además de crear la institución, la *Criminal Justice Act* de 1967 crea, en su sección 59, una *Parole Board* (Junta de *Parole*) para Inglaterra y Gales y otra para Escocia, que debe estar compuesta por un presidente y, al menos otros cuatro miembros (que deben reunir las especiales cualidades exigidas en el Apéndice 2 del *Act*), todos ellos designados por el secretario del Interior, cuya misión consiste en asesorar a éste sobre todos aquellos casos de licencias de libertad, condiciones bajo las que se deben otorgar, variación o cancelación de dichas condiciones, y todo lo relativo a aquéllos a licencias y a su concesión y/o revocación. Igualmente se prevé en esta misma sección el establecimiento y constitución de unos *local review committees* (comités locales de revisión), con las funciones de revisar los casos de aquellas personas a las que se les podría, de acuerdo con lo previsto en la ley conceder la licencia de libertad, indicando la conveniencia de otorgar ésta o no, tras entrevistarse alguno de los miembros del comité con el posible candidato. Posteriormente, el secretario de Estado remitirá estos expedientes a la *Parole Board* para que ésta emita su informe vinculante.

(9) Semejantes problemas han surgido con la creación de otras instituciones, nacidas como alternativas a la prisión por la necesidad, igualmente, de descongestionar los establecimientos penitenciarios. Así, por ejemplo, con la institución del aplazamiento del fallo parecidos problemas, de falta de criterios claros para su aplicación, se han sucedido durante los más de diez años de existencia, desde su creación por la *Criminal Justice Act* de 1972. Véase Stephan Jones, «Deferment of sentence. An appraisal ten years on», en *The British Journal of Criminology*, 4, 1983, págs. 381-393. La versión

Tal pragmatismo se confirma con varios datos. En primer lugar, la modificación introducida en el procedimiento de concesión de la **parole** por la sección 35 de la **Criminal Justice Act** de 1972 (10), obedeció exclusivamente al hecho de que «a comienzo de los setenta, quedó claro que las 'alternativas a la prisión' recogidas en el Act de 1967 (...) tan sólo sirvieron para llevar a cabo una disminución temporal del crecimiento constante del índice de población reclusa» (pág. 25). En segunda lugar, por idénticos motivos, el entonces secretario del interior, Roy Jenkins, dictó, en agosto de 1975, unos «**Criteria for selection for parole**» (Criterios de selección para la **parole**), que tenían como fin otorgar este beneficio, por una parte, más pronto, desde el punto de vista del cumplimiento de la condena, a los reclusos que habitualmente venían disfrutándolo y, por otra, concederlo a un mayor número de reclusos. Por último, el pragmatismo llegó a sus últimas consecuencias cuando, en mayo de 1981, la **Review of Parole in England and Wales** (Revisión de la **parole** en Inglaterra y Gales), publicación oficial del Ministerio del Interior, recogía, como proyecto del Gobierno, la regulación de una **parole** automática; es decir, de un mecanismo mediante el cual se debía conceder automáticamente el beneficio a todos aquellos internos que se hallaran cumpliendo condena de hasta seis meses de duración. Tal iniciativa provocó un gran revuelo entre la clase judicial, por lo que ello, estimaban, suponía de intromisión en la labor sentenciadora, advirtiendo, algunos de sus miembros más destacados, que se produciría un incremento en la duración de las condenas impuestas a los efectos de paliar, en lo posible, las consecuencias de ese automatismo legal. Fue esto y no otras razones de principio, lo que provocó que el Gobierno desistiera de sus planes.

Esta forma pragmática de proceder ha ocasionado, siempre según Keith Bottmley, que la institución de la **parole** carezca de un fundamento teórico válido, carencia que se hace patente, además, en lo que podríamos llamar declaraciones oficiales. Así, por ejemplo, en el Libro Blanco sobre **The Adult Offender** (El delincuente adulto) de 1965, lo que entonces era únicamente proyecto del sistema de **parole**, se perfilaba como basado en un modelo esencialmente rehabilitador o de tratamiento, constituyendo, de esta forma, la concesión de la licencia de libertad «la culminación del tratamiento». Tal punto de vista ha quedado, sin embargo, desmentido en la **Review of Parole in England and Wales** de 1981 y en el **Report of the Parole Board 1981** (Informe de la Junta de **Parole** 1981), en donde se hace hincapié que el criterio por el que se debe conceder la licencia de libertad ha de tener su base en la evaluación general de los riesgos de comisión de futuros delitos. Máximo exponente de esta contradicción entre los dos posibles modelos fundamentadores de la institución (tratamiento o evaluación de riesgos) lo constituyen los «**criteria for selection for parole**» (1975), donde se alternan ambas doctrinas.

Para el autor del trabajo que ahora estamos considerando, «si los comités locales de revisión y la **Parole Board** hubiesen sido requeridos para emitir

española de este trabajo aparecerá publicada en el número 23 de *Cuadernos de Política Criminal* (1984).

(10) Esta sección autoriza al secretario de Estado para otorgar, sin el informe previo de la *Parole Board*, las licencias de libertad, siempre que el correspondiente comité local de revisión hubiesen recomendado dicha concesión.

recomendaciones sobre la conveniencia de otorgar licencias de libertad de acuerdo, únicamente, con el principio de evaluación del riesgo de comisión de futuros delitos...» (pág. 33), posiblemente se hubieran producido divergencia de interpretaciones, disparidades de criterio, pero éstas hubieran sido razonablemente normales. Ahora bien, la ausencia de una base teórica válida de la que extraer los principios rectores de la *parole*, ha provocado una serie de anomalías en su aplicación práctica, de tal forma que, por una parte, la **Parole Board** y, por otra, los diferentes comités locales de revisión, han operado con criterios diferentes en la evaluación de las circunstancias a tener en consideración para otorgar la licencia de libertad, lo que, obviamente, ha provocado agravios comparativos y situaciones de injusticia, de ahí el rechazo de muchos presos a este sistema. Algunos supuestos más específicos se relatan en el texto.

Todos estos problemas obligan, según Keith Bottomley, a «reconstruir» el sistema de la *parole*. Esta labor se debe hacer, fundamentalmente, sobre las siguientes bases: en primer lugar, estableciendo la primacía del principio de evaluación de los riesgos de comisión de futuros delitos, lo que, inmediatamente, debe dar como resultado la urgente necesidad de revisar la naturaleza y relevancia de los criterios rectores de la aplicación del beneficio; en segundo lugar, la *parole* debe poder concederse a todos los condenados a penas de prisión, ya que, por las razones que el autor expone en el texto, carece de sentido y justificación la imposición de un límite mínimo de cumplimiento de doce meses; en tercer lugar, por lo que al procedimiento de concesión se refiere, considera Keith Bottomley más adecuada la creación de **Regionals Parole Review Boards** (Juntas regionales de revisión de la *parole*) para el conocimiento de todos los casos de condenas cortas y medias, pues, de esta forma, éstas podrán conocer casos provenientes de varios tipos de establecimientos, logrando así criterios generales válidos para un mayor número de supuestos, lo que no ocurre en el caso de los comités locales. La **Parole Board** nacional se mantendría para los casos de condenas largas. Por último, debería darse mayor importancia a la supervisión de la libertad, especialmente para determinado tipo de delincuentes.

FRASER, Peter: «The criminal Courts in Scotland under pressure» (Los tribunales penales de Escocia bajo presión), págs. 41-47.

El estudio, basado en datos relativos exclusivamente a Escocia, trata de poner en evidencia cómo el constante incremento del índice de criminalidad «agota» al sistema de administración de justicia, desvirtuando, por tanto, la persecución de los delitos (algunos de los cuales hoy ya se han dejado de perseguir) y retrasando enormemente la toma de decisiones sobre los asuntos criminales. El lector hispano no puede por menos que sonrojarse cuando este autor considera como muy preocupante el hecho de que, entre lo que, para entendernos, pudiera ser el procesamiento y el juicio oral, se están produciendo demoras que oscilan entre los tres meses y medio y los seis meses, cuando, según datos oficiales, en el año 1967 la demora media era de dos meses y medio. Comparando esta situación con la española no es necesari-

rio, siquiera, emitir ningún comentario, salvo quizá señalar que el tema de máxima preocupación sobre el que versó el discurso del presidente del Consejo General del Poder Judicial en la reciente apertura de los tribunales fue el sistema de nombramiento de los jueces y magistrados. Para Fraser, el interés público exige la adopción de urgentes medidas, entre las que él sugiere algunas, para solucionar, o al menos paliar, esta situación.

THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, DELINQUENCY AND DEVIANT SOCIAL BEHAVIOUR

Volumen 24, número 1, 1984

OUSTON, Janet: «*Delinquency, family background and educational attainments*» (*Delincuencia, sustrato familiar y logros educativos*), págs. 2-26.

Sobre la base de una investigación empírica realizada con una muestra de jóvenes, nacidos entre el 1.º de septiembre de 1959 y el 31 de agosto de 1960, tomada de doce centros escolares de la ciudad de Londres y obteniendo sus datos delictivos del Departamento Juvenil de la Policía Metropolitana, en marzo de 1978, la autora lleva a cabo un análisis centrado en las diferencias entre los delincuentes y los no delincuentes, por lo que respecta a sus éxitos escolares y a sus antecedentes o sustrato familiar, para tratar de averiguar en qué medida, en este estudio concreto, esos factores han determinado un comportamiento delictivo.

WALKER, Nigel y MARSH, Catherine: «*Do sentences affect public diapproval?*» (*¿Afectan las sentencias a la desaprobación pública?*), págs. 27-48.

Partiendo de una afirmación vertida por el Tribunal de Apelación en el caso *Sargeant* (1974), según la cual «la principal tarea de los tribunales consiste en ser expresión del sentir público», el presente trabajo pretende averiguar, encuestando a 1.055 padres de familia de tres localidades inglesas, en qué manera el mayor o menor rigor judicial, o la mayor o menor benignidad de las sentencias judiciales, afectan o inciden en la aprobación o desaprobación de esos padres de familia. El método de trabajo utilizado consistió en mostrar a los encuestados una serie de casos aparecidos en la prensa, ya que, según los autores, las sentencias incidirán sobre la opinión pública siempre a través de los medios de comunicación. Posteriormente, los padres seleccionados tenían que responder a una amplia encuesta. Los resultados no dejan de ser curiosos (por ejemplo, tan sólo el 39 por 100 de los encuestados recordaba una sola sentencia y el 13 por 100 fue capaz de recordar dos) y parecen desvirtuar un tanto el interés del secretario de Estado de Interior, Leon Brittan, porque las sentencias se ajusten al sentir público, ya que, precisamente, por lo que se deduce de la encuesta, «el público» parece mostrar una cierta apatía por la actividad judicial (v. *supra* el comentario a la conferencia de Brittan aparecida en *The Howard Journal*). El trabajo es muy completo, mostrando todo el material utilizado en la investigación: noticias de prensa uti-

lizadas y batería de encuestas pasadas a la muestra. Pienso que para nosotros este tipo de investigaciones ofrecen un gran interés, no tanto por los datos que en ellas se ofrecen, propablemente válidos únicamente en Inglaterra o Escocia, etc., sino por lo que desconocidas que son en España, donde apenas se efectúan tímidos intentos de investigaciones empíricas y donde las instancias oficiales ocultan, sin ningún pudor, los datos que sobre el delito y la delincuencia obran en su poder; datos que sólo esgrimen para justificar, normalmente, medidas más represivas.

GIBBENS, T. C. N.: «*Borstal boys after 25 years*» (Niños «borstal» 25 años después), págs. 49-62.

El presente número del *British Journal* se abre con un «in memoriam» al profesor Gibbens, fallecido el 27 de octubre de 1983, que en este su último trabajo publicado lleva a cabo un seguimiento de 200 niños que, entre 1953 y 1955, fueron ingresados en instituciones *borstal* por haber sido declarados culpables de cometer un delito. Este seguimiento, según él mismo nos relata, resultó difícil por haber sido, en algunos casos, imposible reunir toda la información existente en los archivos oficiales, al haberse extraviado ésta en diversos traslados de las sedes de los departamentos. El estudio le brinda la oportunidad de realizar un juicio crítico de estas instituciones, introducidas en el sistema penal inglés por la sección 20 de la *Criminal Justice Act* de 1948.

BUCKLE, Abigail y FARRINGTON, David P.: «*An observational study of shoplifting*» (Un estudio de observación sobre el hurto en las tiendas), páginas 63-73.

El trabajo contiene una breve introducción en la que se pone de manifiesto cómo «nuestro conocimiento sobre la naturaleza e incidencia de la delincuencia y sobre los factores que la condicionan se encuentran seriamente limitados por los métodos de medida» (pág. 63). Los datos oficiales no satisfacen, en general, y ello ha provocado que muchos investigadores inicien vías y métodos de obtención de datos sobre la delincuencia, al margen de los ofrecidos por las instancias oficiales. Pero estos métodos suelen ser indirectos y, por lo mismo, de dudosa validez. Según los autores, «información más valiosa sobre la delincuencia se podrá obtener cuanto más directos sean los métodos de obtención de datos que utilicemos» (pág. 63) y, aunque está claro que la observación directa de la comisión de delitos resulta enormemente compleja, semejante método de investigación puede utilizarse más fácilmente con los delitos que se suceden «de forma más natural»; así, por ejemplo, los pequeños hurtos en las tiendas, especialmente en almacenes donde la mercancía se expone directamente al público para que él mismo se sirva. Este trabajo, precisamente, está basado en la observación directa de 503 clientes, durante tres semanas, en un almacén, de tipo medio, perteneciente a una cadena nacional, en una localidad del sudeste de Inglaterra. Los datos

en él obtenidos son, posteriormente, comparados con otros estudios sobre este mismo tipo de delitos.

CLARKE, Ronald V.: «Opportunity-based crime rates. The difficulties of further refinement» (Índices de criminalidad basados en la oportunidad de cometer delitos. Las dificultades de un mayor perfeccionamiento), páginas 74-83.

El trabajo de Clarke pretende, por una parte, evidenciar las ventajas que tiene la determinación de los índices de criminalidad sobre la base del número de oportunidades de delinquir, pero, por otra, también expone las dificultades metodológicas con las que se encuentran los posibles intentos de perfeccionar estos índices, especialmente, cuando lo que se pretende es, por ejemplo, demostrar la baja frecuencia de la criminalidad en una determinada zona, y, por tanto, las escasas probabilidades de ser víctima de un delito (en contra, por ejemplo, de los temores o sensacionalismos de otros sectores sociales). Esto es así de complejo, ya que, según este autor, y por razones que se exponen en el trabajo, en todos estos supuestos se necesita llevar a cabo un cálculo muy preciso de las oportunidades delictivas, lo que choca con dificultades, incluso, conceptuales (¿cuándo se debe considerar una circunstancia como oportunidad de delinquir?, ¿lo son las situaciones provocadas o buscadas?, etc.). En cualquier caso, como pretende demostrar, para él tienen un inestimable valor los datos que pueden aportar este tipo de investigaciones para llevar a cabo una correcta política criminal.

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
Departamento de Derecho Penal
de la Universidad Complutense
de Madrid

SUIZA

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT/REVUE PENALE

Suisse/Rivista Penale Svizzera, fasc. 1, 1984

SCHULTZ, Hans: «Zum fünfzigsten Todestag von Carl Stoos» (En el cincuentenario de la muerte de Car Stoos), págs. 1 y s.

Este número de la ZStrR/RPS, dedicado fundamentalmente a la memoria de Carl Stoos con motivo del cincuentenario de su muerte, se abre con una breve nota conmemorativa del profesor Schultz. En ella se destacan las cualidades de Stoos que hacen de él un extraordinario legislador, aunque su fama haya quedado oscurecida en Suiza fuera de los círculos más especializados. Es este un buen momento —cree Schultz— para comprobar en qué medida continúan aún vigentes las ideas de Stoos y especialmente sus puntos de

vista político-criminales. En esta dirección se orientan las contribuciones que prestan Kaenel y Rusca a la memoria de Stoos y que a continuación se reseñan.

KAENEL, Peter: «Carl Stoos und das zwelspürige System der Strafrechtsfolgen» (Carl Stoos y el sistema de doble vía de las consecuencias jurídico-penales), págs. 3-18.

El autor analiza los fundamentos del sistema propuesto por Stoos en el marco de la «lucha de escuelas» desencadenada a fines del siglo pasado entre los partidarios de la concepción retributiva de la pena y los defensores de una pena orientada a fines preventivos, en el curso de la cual Stoos adopta una posición intermedia viendo la esencia de la pena en la retribución del hecho y de la culpabilidad, pero asignándole fines preventivos de protección de bienes jurídicos. El rechazo de Stoos a prescindir de la culpabilidad —la pena justa será para él la pena dirigida a fines y adecuada a la culpabilidad del autor— habría de impulsarle a propugnar la ampliación del sistema de sanciones jurídico-penales mediante la inclusión de las medidas de seguridad para tratar de superar el dilema entre retribución y prevención. El punto de partida para la apertura de esta doble vía habría sido la convicción de Stoos de que en muchos casos la pena adecuada a la culpabilidad y las exigencias de la prevención no podrían llevarse a un mismo denominador común.

A juicio de Kaenel, el sistema propugnado por Stoos podría denominarse, mejor que de «doble vía» de «doble plano», porque las penas y las medidas de seguridad no cumplirán en el pensamiento de Stoos funciones distintas, asignándose más bien a las segundas un papel subsidiario en la realización de esos fines comunes: la medida de seguridad sólo habrá de entrar en juego donde la pena privativa de libertad adecuada a la culpabilidad resulta excesivamente breve para una eficaz prevención del delito.

El hecho de que Stoos no intentara nunca legitimar la medida de seguridad más que apelando a las exigencias de una política criminal más eficaz, no quiere decir, señala Kaenel, que fuera insensible al dato de que al afectado por aquella le amenazan serias privaciones de derechos, como vendría a indicarlo por ejemplo el que fuera favorable al establecimiento de límites máximos de duración para las medidas de seguridad ordinarias, para garantizar la libertad personal. Tampoco le pasó desapercibido que la aplicación de la medida de seguridad constituye desde el punto de vista del afectado un mal, proponiendo por ello que fuera aplicada en todo caso antes o en lugar de la pena.

Kaenel realiza finalmente un balance de la experiencia del sistema binario de reacción contra el delito que pudo imponerse merced al compromiso realista plasmado en las formulaciones de Stoos. Hoy se habrían puesto, cada vez más, de manifiesto los aspectos comunes de ambas clases de sanciones jurídico-penales, hasta el punto de parecer posible el recurso a un concepto de sanción unitario como el que propone en Suiza Schultz. Ello vendría fundamentalmente favorecido por la comprensión de la culpabilidad

no como un reproche ético-individual, sino como una desaprobación ético-social, lo que abrirá paso consciente o inconscientemente a la introducción de consideraciones político-criminales que sin embargo excederían del ámbito de la «pura» culpabilidad. A medida que pierde la culpabilidad su carácter de reproche ético-individual tienen que ser tomados más en cuenta puntos de vista de prevención y está más próxima también, a juicio de Kaenel, una concepción unitaria de la reacción penal, pues por una parte no existirían diferencias entre los fines preventivos de ambas sanciones y no podría ocultarse el carácter de mal que para el afectado encierra la medida de seguridad y por otra la ejecución de la pena cada vez se asemeja más a la de la medida de seguridad. La única diferencia subsistente se encontraría en el modo en que se determina su limitación temporal, pero aun aquí podría llegarse a una fórmula unitaria si, como de *lege ferenda* parece conveniente a Gaenel, se introdujera como una cláusula en el ámbito del Derecho de medidas.

RUSCA, Michele: «Carlo Stoos: "Nemo propheta in patria"», págs. 19-45.

Rusca realiza en este artículo un análisis de la aportación de Stoos al proceso de unificación del Derecho penal helvético y a su posterior evolución de carácter más historiográfico que el de Kaenel. Tras encuadrar la figura de Stoos en el marco de la crisis del Derecho penal clásico a fines del siglo pasado, centra K. su atención en la influencia de su pensamiento en los trabajos preparatorios de lo que habría de ser el Código penal suizo de 1937, promulgado tres años después de su muerte.

El Anteproyecto de 1893 de Stoos, de gran importancia no sólo para ese proceso de unificación, sino para todas las legislaciones europeas posteriores y que significa a juicio de R. «el paso del Derecho penal clásico a las concepciones modernas, aún en vigor», es examinado detenidamente por este autor sobre todo en lo relativo a la reforma de la pena clásica y a las relaciones entre pena y medida de seguridad. En cuanto a lo primero destaca R. la adopción por Stoos de una concepción relativa. La introducción del concepto de «capacidad penal», central en el pensamiento de Stoos, no sólo habrá de conducir a la inclusión de la medida de seguridad en el catálogo de reacciones jurídico-penales, sino a una profunda modificación de la pena misma, que va a aparecer desde entonces traspasada por consideraciones preventivo-especiales, lo que repercute en el sistema de individualización de la pena adoptado por el Anteproyecto de 1893: «si en el Derecho clásico el juez había de tener en cuenta exclusivamente las circunstancias del delito, el sistema de 1893 le obliga a ocuparse más de cerca del autor» (pág. 31).

En cuanto a las relaciones entre pena y medida el Anteproyecto de 1893 instauraba un sistema que el propio Stoos calificó de monista: las medidas de seguridad no se añadían a la pena, sino que la sustituían completamente, pudiendo elegir el juez libremente la sanción que considerara más adecuada entre las propuestas por el Anteproyecto, con independencia de que se tratara de una pena o de una medida. Por otra parte, no se establecía catálogo alguno de sanciones de una u otra especie, incluyéndose además algunas

de naturaleza mixta. A juicio de R. una neta distinción de penas y medidas resultaba casi imposible en el Anteproyecto. Todas las sanciones se encontrarían en un mismo plano —nótese el contraste con la opinión de Kaenel en este punto—. Además sólo la solución monista habría sido lógicamente admisible para Stoos: ya que la medida de seguridad está justificada por la ineficacia de la pena frente a ciertos individuos habría sido absurdo constreñir al juez a acumularla con una sanción considerada inútil.

La posterior discusión del Anteproyecto a lo largo de casi medio siglo habría conducido según R. a una adulteración de las soluciones auspiciadas por Stoos en 1983, debido a las resistencias que manifestaron los penalistas más clásicos. Por ello habría que corregir el juicio de numerosos críticos de Stoos que, atribuyéndole la paternidad de las medidas de seguridad, lo han hecho también responsable de una especie de «compromiso histórico» entre retribución y prevención.

CLERC, François: «Carl Stoos processualiste» (Carl Stoos procesalista), páginas 46-50.

Este breve artículo que cierra la parte del presente número dedicada a honrar la memoria de Stoos, destaca su participación en los trabajos preparatorios para la redacción de una Ley federal suiza de procedimiento penal que habría de culminar con su promulgación el 15 de junio de 1934, casi cuatro meses después de su muerte.

GAUTHIER, Jean: «La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale» (La nueva legislación suiza sobre auxilio internacional en materia penal), págs. 51-58.

Constituye el presente artículo un detenido análisis de la Ley Suiza de 20 de marzo de 1981 sobre auxilio internacional en materia penal, que entró en vigor el 1.º de enero de 1983. Esta ley pone al día al Derecho suizo en materia de extradición y codifica las reglas aplicables a los otros actos de cooperación internacional en el ámbito penal y habrá de facilitar la cooperación mejorando a su vez la protección de los derechos de la persona perseguida de Suiza con los restantes Estados para la persecución, enjuiciamiento y ejecución de las sanciones (penas y medidas de seguridad privativas de libertad), o solicitada y los intereses legítimos de los terceros.

Enrique PEÑARANDA RAMOS

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVII

AÑO 1984

TOMO XXXVII - FASCICULO II - MAYO-AGOSTO

	<i>Páginas</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas</i> por Carlos García Valdés	293
<i>Revisión del contenido del bien jurídico honor</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	305
<i>La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo</i> , por José Miguel Zugaldía Espinar	321
<i>Política penal en el Estado democrático</i> , por Hernán Hormazábal Malarée	333
<i>«Aberratio ictus» e imputación objetiva</i> , por Jesús-María Silva Sánchez	347
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La objeción de conciencia al servicio militar</i> , por el profesor Dr. Rodolfo Venditti	387
SECCION LEGISLATIVA	
I. Leyes orgánicas	397
II. Leyes ordinarias	404
III: Disposiciones reglamentarias	438
V. Proyectos de Ley	473
Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del E.	553
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García.	593
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	603
SECCION DE BIBLIOGRAFIA	
<i>Revista de libros</i>	641
<i>Revista de revistas</i>	644

INDICE

SECCION DOCTRINAL

	<u>Páginas</u>
<i>La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas</i> , por Carlos García Valdés	293
<i>Revisión del contenido del bien jurídico honor</i> , por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	305
<i>La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo</i> , por José Miguel Zugaldía Espinar	321
<i>Política penal en el Estado democrático</i> , por Hernan Hormazábal Malarée.	333
<i>«Aberratio ictus» e imputación objetiva</i> , por Jesús-María Silva Sánchez ...	347

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La objeción de conciencia al servicio militar</i> , por el profesor Dr. Rodolfo Venditti	387
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

I. Leyes orgánicas	397
II. Leyes ordinarias	404
III. Disposiciones reglamentarias	438
V. Proyectos de Ley	473
Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.	553

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García	593
Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón	603

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	641
Revista de revistas	644

**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