

ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 84 / 97

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 911 114 260

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

TOMO LX  
MMVII

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2008

Catálogo general de publicaciones oficiales  
<http://www.060.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la  
suscripción en el registro que marca la Ley.

Reservados todos los derechos.

---

NIPO (BOE): 007-08-093-0  
NIPO (M. de Justicia): 051-08-011-X  
ISSN: 0210-3001  
Depósito legal: M-126/1958

---

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.



## NECROLÓGICA

### Notas para una biografía intelectual y académica de José María Stampa Braun (1925-2003), catedrático de derecho penal y abogado (\*)

ALEJANDO MARTÍNEZ DHIER

Profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Granada

José María Stampa Braun nace en Valladolid el 6 de marzo de 1925, viviendo en su infancia y juventud algunos de los períodos clave de la historia de España: la Dictadura de Primo de Rivera, la instauración de la efímera II República española, y la trágica Guerra Civil (1). Cursará el Bachillerato y los estudios universitarios en la Facultad de Derecho de su ciudad natal, licenciándose (2), con Premio Extraordinario, a los 19 años. En 1945, becado por la Administración, se trasladará a París para estudiar en la Universidad de La Sorbona (3), coincidiendo en el Colegio de España de la capital francesa, entre otros, con Fernando de los Ríos.

A continuación marchará al «Colegio de San Clemente de los Españoles» en Bolonia, donde, tras cursar dos años de estudios de tercer ciclo (1949-1950), se doctora con la tesis *Delito de Infanticidio*, dirigida por el ilustre penalista italiano, Silvio Ranieri (4), trabajo por el cual se le concederá el premio «Víctor Manuel II». Fue, además, Premio «Cardenal Albornoz» al mejor alumno del «Colegio San Clemente de los Españoles».

---

(\*) Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a mi querido amigo el Prof. Dr. D. Miguel Olmedo Cardenete (Universidad de Granada), por su interés para la publicación del presente artículo.

(1) Su abuelo, don Leopoldo Stampa, de condición liberal republicana, fue Diputado y Teniente de Alcalde de Valladolid.

(2) Obteniendo en todas las asignaturas de la carrera de Derecho la calificación de Sobresaliente de Honor.

(3) Adscrito a la Cátedra de Historia del Derecho.

(4) En este sentido, *vid.* COBO, M. «Ranieri, Silvio: *Manuale de Diritto Penale*», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. II. Núms. 3-4, Madrid, 1958, pp. 222-223.

A su regreso a nuestro país, redactará una segunda tesis doctoral, *Las ideas penales de Lucio Anneo Séneca*. Alumno, discípulo y colaborador, como Profesor Adjunto de Universidad, en la Cátedra del granadino Juan del Rosal, Catedrático de Derecho Penal de las Universidades de Valladolid y Madrid, de la que fue Decano, e impulsor en España de los estudios de Criminología (5):

«... el Prof. Del Rosal, enrolado en la última generación de penalistas y, debido a ello, siempre atento a las palpitaciones de las corrientes que discurren por debajo de las formas jurídicas, a cuya vera me he formado desde que el uso de la razón me inclinó por el oficio y arte de penalista» (6).

En 1953, cuando contaba con veintisiete años, Stampa ganará, por unanimidad del Tribunal juzgador, la oposición a la Cátedra de Derecho Penal, desarrollando dicha función en la Universidad de Granada, y más tarde, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (de Madrid).

En Granada permanecerá durante diecisiete años, simultaneando la docencia, con el ejercicio libre (y activo) de la profesión, hasta que en 1970 marchará definitivamente a Madrid.

Junto al desempeño de su Cátedra, ejercerá el cargo de Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, además de pertenecer como académico a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, a la Société Internationale de Criminologie de Paris, y haber sido miembro y Secretario del Instituto Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario. También desarrollará su magisterio, como docente, en el «Instituto de Empresa» y en la «Escuela de Práctica Jurídica», perteneciendo a la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, cuando éste era presidido por Antonio Pedrol Rius, a quien posteriormente se enfrentará en unas elecciones al Decanato, y en las que vencería su oponente.

Jurista de dilatada experiencia en la práctica de la abogacía, profesión que ejercerá desde 1955, es considerado como uno de los abogados penalistas más prestigiosos de España, y muy «famoso» por su intervención, entre otros, en los casos: contra los GAL; fondos reser-

---

(5) Juan DEL ROSAL FERNÁNDEZ (Granada, 19 de febrero de 1908 – Madrid, 6 de noviembre de 1973), discípulo de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y más adelante de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, fue miembro de la «Sociedad Internacional de Criminología» y el auténtico *alma mater* del «Instituto de Criminología» creado en 1964 en la Universidad de Madrid (no será hasta 1968 cuando comience a denominarse como Universidad Complutense de Madrid).

(6) STAMPA BRAUN, J. M.<sup>a</sup>, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 9 y 10.

vados; abogado defensor desde 1994 de Julián Sancristóbal (ex Director de la Seguridad del Estado, durante el gobierno del Presidente del Gobierno español Felipe González), por el secuestro de Segundo Marey; representante de la familia de Publio Cerdón, empresario aragonés secuestrado por la banda terrorista GRAPO en junio de 1995; en 1998, defensor del ex Director General de la Guardia Civil, Luis Roldán; abogado en la «Operación Temple»; elaboró, junto a Manuel Cobo del Rosal, la querrela en 1992 del grupo kuwaití K.I.O. contra Javier de la Rosa; abogado de la ex directora del «BOE», Carmen Salanueva; defensor de la artista Lola Flores, de Pedro Ruiz y de Eduardo García de Enterría en sus causas con Hacienda, situación en la que él mismo se vería envuelto, cuando la Fiscalía de Madrid se querelló contra él; abogado, asimismo del torero Manuel Benítez, *el Cordobés*, por una demanda de paternidad; en 1982 primer abogado de Rafael Escobedo, condenado por el crimen de los marqueses de Urquijo; el caso del «Nani», el incendio de la discoteca madrileña «Alcalá 20», del caso Banca Catalana; intervino asimismo en los casos más sonados del franquismo, como Sofico, Reace, Matesa; defendió al ex Teniente Coronel Fernando Tejero, uno de los principales encausados por el Golpe de Estado «del 23 F» en 1981, en la llamada «Operación Galaxia»; intervino en el caso de la matanza de Atocha, como parte de la acusación particular de los asesinos de los abogados laboristas, representando al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; y en 1999 gestionó en España la defensa del ex dictador chileno Augusto Pinochet, junto a Fernando Escardó, en la causa abierta contra él por el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, defendiendo la posibilidad de un arbitraje internacional entre España y Chile, para llegar a un arreglo extrajudicial, evitando así su extradición a Madrid desde Londres, donde se encontraba detenido. Stampa Braun no dudaría en solicitar al Tribunal Supremo que aplicara el artículo de la Constitución española de 1978, que dejaba en manos del Congreso de los Diputados decidir si el ex Presidente del Gobierno español, Felipe González, podría ser procesado como («presunto») responsable penalmente en el «caso GAL».

Entre sus obras, podemos destacar: «Apunte para el estudio de la Ciencia Penal española», en *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios* (1945); «Direcciones para un estudio técnico-jurídico del crimen de guerra (Represión de los crímenes de guerra en el Derecho Penal interno. Ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944)», en *Astrea* (octubre-diciembre 1946); *Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca*. Prólogo del profesor Juan del Rosal, Valladolid (1950); «El Proyecto preliminar del Código Penal italiano», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (= *A.D.P.C.C.P.P.*), III (1950); «El objeto material de

los delitos contra la vida (límite mínimo)», en *A.D.P.CC.PP. III* (1950); *Il reato di infanticidio (Oggetto giuridico, soggetto passivo e oggetto materiale)*, Bolonia, 1950; «Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictum exceptum»», en *A.D.P.CC.PP.*, VI (1953), pp. 47-78; *Programa de Derecho Penal. Parte General* (1953); *Programa de Derecho Penal. Parte Especial* (1953); *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953 (7); «El objeto jurídico del infanticidio «honoris causa»: contribución al estudio de los delitos contra la vida», *A.D.P.CC.PP.* (1955); el «Prólogo» a la obra de Tarsicio Herrero del Collado, *La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal*, publicada por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada (1969); el Prólogo a la obra de Francisco Carranza Fernández, *Tráfico: accidentes y derechos de las víctimas*, Madrid (1971); *El delito de infanticidio*, 2 vols.; *Orientaciones actuales de la ciencia jurídico-penal alemana: la teoría finalista de la acción*; *La tutela penal de los derechos fundamentales*; *La protección penal del crédito*; *Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales* (1980); en coautoría con Enrique Bacigalupo Zapater, *La reforma del Derecho Penal Económico español. Informe sobre el Título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980; sobre la misma materia e igualmente con E. Bacigalupo, «La reforma del Derecho Penal Económico español (una crítica al Proyecto de 1980)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 79, Núm. extra (1980), y en *Revista de Derecho Industrial*, año 9 (diciembre de 1987); «Los delitos económicos y la economía de mercado», en *Papeles de Economía Española*, El déficit público, Núm. 10 (1982); «Reflexiones sobre la Justicia», en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Victoria*, Coord. J. Córdoba Roda, G. Quintero Olivares y S. Mir Puig, Vol. 2 (1983), pp. 949-960; «La estafa procesal en el negocio fiduciario y el proceso de creación de títulos ejecutivos», en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*; «Protección penal del crédito», en *Nuevas formas de delincuencia, Poder Judicial*, Núm. especial IX, 1986; «Principio de culpabilidad y genoma», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. II, Fundación BBV, Bilbao, 1994; «Sobre la fe pública extrajudicial de los Corredores de Comercio y la falsedad documental ideológica», en *La Ley*, Año XVI, Núm. 3739 (1995); y «Delitos societarios», en *Dirección y Progreso*, núm. 146, marzo-abril de 1996, pp. 101-108.

---

(7) Obra de texto utilizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, dedicada a los profesores Juan DEL ROSAL, Silvio RANIERI y Henri DONNEDIEU DE VABRES.

En 2004, dentro de *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (8), aparecerá su trabajo póstumo: «Culpabilidad penal y genoma humano», en pp. 891-900 dentro del *Vol. I* de dicha obra.

Como nuestro autor señalaba: «Escribir del concepto, del método y de las fuentes del Derecho penal es relativamente fácil; traducir en el concepto, en el método y en las fuentes una “actitud intelectual” determinada, no lo es tanto» (9).

Stampa Braun impartió a lo largo de su fructífera vida universitaria, innumerables conferencias, cursos y seminarios en diversas Universidades españolas, europeas y americanas (10), siendo autor, además, de un sinnúmero de «notas críticas», «recensiones» y «revistas de revistas», en diferentes y prestigiosas publicaciones jurídicas como: *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, *Información Jurídica*, etcétera.

Asimismo ejercerá una notable labor de formación discipular y académica, pudiéndose destacar, entre sus discípulos, a José Antonio Sáinz Cantero (11), quien se formó, junto a Stampa (y en la Universidad de Munich junto a Edmundo Mezger), como penalista, manteniendo una estrecha colaboración durante un largo período de tiempo.

---

(8) Bajo la Coordinación de J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA.

(9) STAMPA BRAUN, J. M.<sup>a</sup>, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, cit., p. 9.

(10) Entre sus primeras intervenciones destacamos: «Le idee penali e criminologiche di L. A. Séneca» (Bolonía, 1950); «La concepción católica del preventivismo penal» (Burgos, 1952); «Retribución y defensa social» (Granada, 1953); «El Derecho Penal interestatal» (Vitoria, 1953); «Modernas direcciones de la teoría del delito» (Burgos, 1953); «Evolución histórica de los *delicta honoris causa*» (Burgos, 1953); «Las manifestaciones actuales de la criminalidad internacional» (Burgos, 1953)... o más adelante: «Diez años de reformas penales», dentro del Ciclo de Conferencias «Balance de diez años de vida constitucional», organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 24-28 de octubre de 1988.

(11) José Antonio SAINZ CANTERO (1927-1985), Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela (1965), y desde 1973 de la Universidad de Granada, tras un breve paso por la Universidad de Murcia (1970-1973), maestro de algunos de los actuales Catedráticos y Profesores Titulares de Derecho Penal de diversas Universidades españolas, dejando su impronta en la Facultad de Derecho granadina por su trabajo, generosidad y profunda humanidad [en este sentido, *vid. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 12, I (1.º trimestre) y núm. 13, II (2.º trimestre), números monográficos en «Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero», Granada, 1987, materialización de las *Jornadas de Estudios Penales en Homenaje al profesor José Antonio Sáinz Cantero (Propuestas para la reforma de la Parte Especial del Derecho Penal español)*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 11-14 de marzo de 1987].

José María Stampa Braun, casado en dos ocasiones y con seis hijos (12), hombre culto, inteligente, brillante en la oratoria, una eminencia del Derecho Penal (13), se encontraba en posesión de la Cruz de Honor de San Raymundo de Peñafort, falleciendo en Madrid el 25 de diciembre de 2003, a los setenta y ocho años de edad, tras una larga y penosa enfermedad (14).

---

(12) Contrajo matrimonio en primeras nupcias (1953) con doña Adela Casas, con la que tuvo cinco hijos; tras el fallecimiento de su primera esposa, contrajo matrimonio con doña Pilar Jalón, con la que tuvo un nuevo hijo.

(13) Conceptuando el Derecho como toda «regulación u ordenación de las conductas humanas», el Derecho Penal sería para STAMPA BRAUN, siguiendo las concepciones de Juan DEL ROSAL [*Nuevo sentido del Derecho Penal*, Valladolid, 1942, esp. pp. 38 ss.] y Luis JIMÉNEZ DE ASÚA [*Tratado de Derecho Penal, I*, Buenos Aires, 1950, esp. pp. 17 ss.]: «el ordenamiento jurídico autónomo, perteneciente al derecho público, que tutela determinados intereses fundamentales del individuo y de la sociedad, mediante la aplicación de una pena o de una medida de seguridad a las conductas que contra aquéllos atentan (delitos)», en *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal, cit.*, p. 19 (definición, como él mismo sostiene, que al igual que otras «puede juzgarse incompleta»), y cuya finalidad específica será: «la tutela de los intereses éticos, económicos, religiosos o históricos que en un momento dado presiden la organización y el desenvolvimiento de una comunidad», en «Discurso previo», p. 13.

(14) Sobre nuestro autor, *vid.* MARTÍNEZ DHIER, A. «Stampa Braun, José María», en *Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispanicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, [hasta noviembre de 2006], Vol. II (M-Z) Tomo I (=Tomo II de la colección) (M-Va). Editor y Coordinador Manuel J. PELÁEZ ALBENDEA. Zaragoza-Barcelona, 2006, [Núm. 1092] pp. 566-568.

Acerca de los errores y extravíos en la teoría  
contemporánea de la culpabilidad (\*)

HANS JOACHIM HIRSCH

I.

Harro Otto se ha ocupado críticamente del estado de la teoría de la culpabilidad en sus artículos «Ilícito personal, culpabilidad y pena» (1975) y «Acerca de la relación entre la culpabilidad y la dignidad humana» (1981) (1). La presente contribución, que está dedicada con amistoso afecto al homenajeado en su septuagésimo cumpleaños, retoma el problema de la culpabilidad desde una perspectiva actual. Se mostrará que algunas de las críticas de entonces todavía están vigentes en la actualidad, pero que también se han agregado otras nuevas.

II.

1. El traslado del dolo de tipo y de la imprudencia objetiva al tipo de injusto dio motivo, en su momento, para examinar a fondo nuevamente el concepto de culpabilidad. En tanto se sostenía que injusto y culpabilidad se distinguían por la contraposición entre objetividad y subjetividad y que, por lo tanto, la culpabilidad se componía de dolo e imprudencia, aquella tenía, con esos dos elementos, su propio objeto. Se trataba de la relación subjetiva, contraria al ordenamiento jurídico, del hecho objetivo contrario al derecho. Algo cambió, parcialmente,

---

(\*) La versión original en idioma alemán de este artículo ha sido publicada en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag, 2007. Agradezco a Guillermo Orce por la traducción al castellano.

(1) OTTO, ZStW 87 (1975), pp. 539 y 580 ss., y *el mismo*, GA 1981, pp. 481 ss.



con la transición del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad, que fue provocado porque el concepto psicológico no se adaptaba bien a la imprudencia y también porque desconsideraba las causas de disculpa, concretamente, los casos de inexigibilidad. Un punto de vista más abarcativo entró en juego: la reprochabilidad. Pero el dolo y la imprudencia siguieron siendo los elementos centrales. Y la capacidad de imputabilidad (la capacidad de culpabilidad) siguió siendo, como siempre, no un componente interno de la culpabilidad, sino un presupuesto de ésta.

A partir de esta concepción de la culpabilidad era de suponer que las discusiones ocurridas luego de la segunda guerra mundial, acerca de si el dolo y la imprudencia objetiva debían ya clasificarse en el tipo de injusto, despertaran la preocupación de que ese desplazamiento condujera al «vaciamiento del concepto de culpabilidad» (2). Los partidarios de la teoría del injusto personal mantenían, por el contrario, que a nivel de la culpabilidad la cuestión consistía en si el autor que se había comportado conforme a lo descrito en el tipo y de manera anti-jurídica, habría *podido* actuar de manera acorde al derecho. El poder faltaría y con ello también la culpabilidad, si el autor actuó en estado de inimputabilidad o si, en concreto, a pesar de la acción dolosa u objetivamente imprudente, no tuvo la posibilidad de reconocer lo injusto de su hecho o, en caso de que concurra un caso de inexigibilidad, de comportarse de acuerdo a su reconocimiento del injusto (3).

Esta solución fue rechazada por Gallas en su influyente contribución (Acerca del estado actual de la teoría del delito) en las jornadas de profesores de derecho penal de 1954 (4). Gallas afirmó que con el traslado de la decisión de acción al tipo de injusto «la culpabilidad pierde el objeto de valoración que hasta entonces le había sido reservado con exclusividad». Ahora, la desaprobación de esa decisión se llevaría a cabo ya en el juicio acerca de la antijuricidad de la acción. La pregunta acerca de si el autor podría haber evitado la decisión no puede ser hecha, por lo tanto, en la culpabilidad, porque en caso de «falta de ese poder» «ya decaería, con la culpabilidad, la antijuricidad». Existiría entretanto para la culpabilidad «todavía otra posibilidad de conexión normativa». Esta posibilidad resultaría cuando se

---

(2) Conf. por ejemplo MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 34.

(3) Conf. WELZEL, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 2° ed. 1952, pp. 32 ss. y 45; *el mismo*, *Das Deutsche Strafrecht*, 3° ed. 1954, pp. 102 y 105. En sus comienzos, esta concepción de la culpabilidad fue descrita de manera poco clara en alguno de sus aspectos, lo que pudo haber dado motivo a malentendidos.

(4) GALLAS, *ZStW* 67 (1955), pp. 1, 44 ss.



plantea la pregunta acerca de «en dónde reside verdaderamente la razón objetiva para la relación entre reprochabilidad y poder». Y ello condujo a Gallas a la idea de que la culpabilidad significa la reprochabilidad del hecho en consideración al *ánimo* actuado desaprobado por el derecho. La culpabilidad sería un *juicio de deber ser* jurídico, independiente del juicio de antijuricidad»; «la reprochabilidad del hecho en consideración del ánimo jurídicamente desaprobado que se comprueba en él. En el sistema de la teoría del injusto personal, «la diferencia entre injusto y culpabilidad podría ser únicamente la que existe entre *disvalor de acción* y *disvalor de ánimo*».

Al imponerse la teoría del injusto personal, la teoría de la culpabilidad del ánimo tuvo hasta el presente gran predicamento (5). Así se encuentra en el manual de estudio de Wessels/Beulke, que constituye el punto en el cual se agotan los conocimientos básicos de derecho penal de la mayoría de los estudiantes alemanes de derecho: El *contenido de injusto* está determinado por el *disvalor de resultado* del hecho... y su *disvalor de acción*, mientras que su *contenido de culpabilidad* resulta del *disvalor de ánimo* puesto de manifiesto por el hecho que refleja la actitud defectuosa del autor respecto de la norma de comportamiento del ordenamiento jurídico y su deficiente ánimo jurídico» (6).

Schmidhäuser enfatizó estas ideas. Él escribió que la culpabilidad tendría, en la «conducta espiritual» del autor, un contenido de disvalor propio. Sin embargo, la culpabilidad estaría referida al injusto; el injusto se trataría de la conducta de la voluntad; la culpabilidad, por el contrario, del ánimo concerniente en la conducta espiritual (7).

---

(5) EBERT, *Strafrecht Allg. Teil*, 3<sup>o</sup> ed. 2001, p. 93; JESCHECK, en: *Leipziger Kommentar StGB* (LK), 11. ed. 1992, previo al § 13 nm. 77; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 5. ed. 1996, pp. 51, 422 s. y 426; LENCKNER, en: *Schönke/Schröder/Eisele*, StGB, 27. ed. 2006, previo al § 13 nm. 119; RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar StGB* (SK), 7. ed. 2003, previo al § 19 nm. 1; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allg. Teil*, Lehrbuch, 2. ed. 1975, 6/23 ss., 10/3, 10/5; *el mismo*, *Strafrecht*, Allg. Teil, Studienbuch, 2. ed. 1984, pp. 188 s.; *el mismo*, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 485 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allg. Teil*, 35. ed. 2005, nm. 15, como así también nm. 16, 144, 401, 422, 425; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 152 y 156. Está claro que la culpabilidad ya no puede ser interpretada como el «disvalor de la resolución», como pretenden hacerlo sin embargo todavía FISCHER/TRÖNDLE, StGB, 53<sup>o</sup> ed. 2006, previo al §13 nm. 28, debido a que este «disvalor» está presente ya en el dolo como elemento subjetivo del *injusto*. Si se ve a la culpabilidad en el «disvalor de la resolución», se mantiene la concepción ya superada que pretende diferenciar el injusto y la culpabilidad según se trate de lo «objetivo» y lo «subjetivo».

(6) WESSELS/BEULKE (nota 5).

(7) WESSELS/BEULKE (nota 5).

2. Al leer la palabra «ánimo» en relación con los presupuestos del delito, se supone en primer lugar, que se trataría de un vestigio inadvertido de tendencias del derecho penal del ánimo de los tiempos del nacionalsocialismo. Durante ese período se propagó la idea de que la culpabilidad sería la culpabilidad del ánimo (8). Pero debe tenerse en cuenta que la culpabilidad ya se había relacionado antes con el ánimo. Ya v. Liszt había empleado en su tratado reflexiones de este tipo. Estas ideas fueron continuadas luego de su muerte por su discípulo Eberhard Schmidt en las ediciones del tratado continuadas por éste último. Según Liszt, «la culpabilidad en sentido material... puede ser determinada como la falencia del ánimo social requerido para la vida en común en un estado, que se pone de manifiesto a través del hecho cometido» (9). Y Eberhard Schmidt formuló: «...el núcleo material espiritual del concepto de culpabilidad... reside en el *ánimo asocial del autor* reconocible a través del hecho cometido (conducta antisocial), es decir, en la falencia, determinada por el carácter, del sentido de deber social emanado de la convivencia de los seres humanos en el estado y en la motivación antisocial que surge de ello (la elección de unos fines contrarios a los de la comunidad)» (10).

Consecuentemente, el origen en v. Liszt y Eberhard Schmidt está relacionado con la teoría, representada por ellos, de la culpabilidad del carácter. Schmidt sostenía que «sólo ésta, la peligrosidad social del carácter del autor, con la inclusión de la concepción de la culpabilidad, permite tender un puente de la teoría general del delito a la teoría general del delincuente». La «teoría normativa de la culpabilidad, con ello, deviene también en una ‘teoría de la culpabilidad material’ indicadora del carácter y la peligrosidad social de la personalidad del autor» (11). En vista de su contradicción con el imperativo de «la culpabilidad por el hecho individual» que surge del Derecho penal de acto, la teoría de la culpabilidad por el carácter permaneció rechazada por la doctrina dominante (12). En relación con el Derecho penal de ánimo y de autor del nacionalsocialismo, obtuvo un florecimiento fugaz. Desde

---

(8) Conf. ERNST SCHÄFER, *Die Schuldlehre*, en: Gürtner (editor), *Das kommende deutsche Strafrecht*, Allg. Teil, 2° ed. 1935, pp. 49 y 65 s. (especialmente § 1, párrafo 3 del proyecto de la comisión). Véase también FREISLER, *Willensstrafrecht ...*, en: Gürtner (justamente allí), pp. 11 ss.

(9) v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16./17° ed. 1908, p. 157.

(10) v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26° ed. 1932, p. 231.

(11) P. 231 y 230 s. nota 8.

(12) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18° ed. 1931, II 3 previo al § 51; MEZGER, *Strafrecht*, 2° ed. 1933, p. 257 con otras referencias.

el retorno del derecho penal propio de un estado de derecho sólo tiene un interés histórico.

De manera diferente a la de v. Liszt y Eberhard Schmidt, así como también del acento en el autor puesto por la doctrina nacionalsocialista, Gallas y la corriente de opinión que lo siguió dirigió su mirada a la culpabilidad del hecho individual. Gallas sostuvo que, con relación al ánimo, no debía entenderse «la condición permanente del autor, es decir, tampoco su peligrosidad individual en el sentido de la prevención especial». Se trataría «más bien del valor o disvalor de la postura del autor actualizada en el hecho concreto» (13). Schmidhäuser sostuvo igualmente: «Cuando se menciona al ánimo como la conducta espiritual del autor, se quiere hacer referencia, con esa expresión, no al ánimo permanente, sino al ánimo del hecho individual contrario al derecho» (14).

3. a) Si la culpabilidad, como requisito del delito, consiste en el disvalor del ánimo, ello conduce en primer lugar a la pregunta acerca de por qué, en primer lugar, se la exige para el castigo. El orden jurídico se interesa primariamente en que no ocurran determinadas acciones u omisiones que están prohibidas por él. El pedirle a alguien que rinda cuentas, mediante una sanción penal, ya sólo a causa de su conducta típica y antijurídica, impropia del orden jurídico, no tendría, sin embargo, ningún sentido desde la perspectiva del Derecho penal. Porque en tanto al afectado por la pena no se lo pueda hacer responsable individualmente por el injusto cometido por él, no hay nada por qué castigarlo. Otra cosa sucede en el derecho civil, en el que se trata principalmente de compensación de daños y por lo cual entran en juego aspectos jurídicos de la responsabilidad [Haftung]. El principio de culpabilidad jurídico penal tiene una función restrictiva que consiste en pedir que el autor rinda cuentas por el injusto cometido por él sólo cuando deba responder individualmente por el hecho. Recién en el ámbito de la responsabilidad individual la pena puede ser justa. La opinión hoy totalmente predominante considera, por lo tanto, decisivo al poder individual de seguir la norma que prohíbe la conducta cometida de manera típica y antijurídica: el disvalor que expresa la afirmación de la existencia de culpabilidad consiste en que el autor ha cometido el injusto, a pesar de que era capaz, desde una perspectiva individual, de comportarse conforme a la norma (15). Así era también con-

---

(13) GALLAS (nota 4), p. 45. Véase también *el mismo*, *Festschrift für Mezger*, 1954, pp. 311 y 324.

(14) LEHRBUCH (nota 5), 10/3.

(15) BGHSt (GrS) 2, 194, 200; GROPP, *Strafrecht Allg.* Teil, 3° ed. 2005, § 7 nm. 24 ss.; HIRSCH, en: *Leipziger Kommentar StGB* (LK), 11° ed. 1994, previo al § 32 nm.

siderado, en esencia, como ya se mencionó, en la concepción de la teoría del injusto personal (16).

La asunción de Gallas (17) de que en la determinación de la culpabilidad no puede tratarse del poder de cumplir con la decisión de acción, porque esa desvaloración ya habría tenido lugar en el tipo de injusto y por ello ante «la falta de este poder» decaería con la culpabilidad también el injusto, malinterpreta el concepto de injusto personal. Éste afirma que la decisión relativa a la acción del tipo de injusto (voluntad de acción) está en contradicción con el orden jurídico y por lo tanto co-constituye el injusto típico como lado subjetivo del disvalor de acción. Pero la cuestión de si el autor de la acción antijurídica también era individualmente capaz de seguir el mandato de la norma es un punto que debe distinguirse, y que deja intacto el nivel del injusto.

Si en la culpabilidad se dirige la mirada a la «postura espiritual» o la «conducta espiritual» se le pide entonces más de lo que generalmente le es exigido a la culpabilidad, es decir, una actitud espiritual negativa. En Gallas incluso se habla de que en la culpabilidad se trataría «de un juicio jurídico de *deber ser independiente* del juicio acerca de la antijuricidad» (18). En esencia, se acabará en ello siempre que se hable de desaprobación jurídica de la «postura espiritual» o de la «conducta espiritual» o del disvalor jurídico del ánimo. Modelo de ello, evidentemente fue la concepción precedente acerca de que el dolo y la imprudencia agotaban la culpabilidad. El dolo de tipo actuado y la imprudencia objetiva son infracciones al deber jurídicamente desaprobados. Pero desde que ello fue reconocido, fueron asignados ya al injusto. El admitir en la culpabilidad una infracción al deber relativa al injusto malinterpreta completamente el concepto de culpabilidad. En donde se trata de un deber ser jurídico, se trata ya de algo que pertenece al nivel del injusto. De lo contrario se caería en un *regressus in infinitum*, ya que a cada infracción al deber se le plantearía renovadamente la cuestión de la culpabilidad.

---

182; KÜHL, *Strafrecht Allg. Teil*, 5° ed. 2005, § 10 nm. 3; OTTO (nota 1), ZStW 87, pp. 581 s.; *el mismo* (nota 1), GA 1981, 484 s.; *el mismo*, *Grundkurs Strafrecht*, Allg. Strafrechtslehre, 7° ed. 2004, § 12 nm. 16 ss., *el mismo*, GA 1981, pp. 481, 484 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allg. Teil I*, 5° ed. 2004, § 7 nm. 26 s.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11° ed. 1969, p. 138; ZIESCHANG, *Strafrecht Allg. Teil*, pp. 20 y 83. En las conclusiones, coincidente SCHILD, en: *Nomos Kommentar (NK)*, 3° ed. 2005, § 20 nm. 2 ss. Diverge en la fundamentación KÖHLER, *Strafrecht Allg. Teil*, 1996, Cap. 7, 3. OTTO formula: «En el derecho penal no se ‘retribuye culpabilidad’, sino injusto pero siempre dentro de los límites de la responsabilidad individual» (ZStW 87 [1975] 539, p. 582).

(16) Conf. *supra* nota 3.

(17) GALLAS (nota 4), p. 44 s.

(18) GALLAS (nota 4), p. 44.

Pero aun cuando se deje de lado aquella mala interpretación, surge la cuestión relativa a qué roles *independientes* deberían desempeñar la «postura espiritual» o la «conducta espiritual». Para un derecho penal de acto como el que rige en un estado de derecho, se trata, respecto de los elementos del delito, exclusivamente del injusto del acto y de la responsabilidad individual por él. El exigir que se haya cometido el hecho a partir de una postura espiritual o de una conducta espiritual que han de ser valoradas negativamente conduciría, consecuentemente, a que tales fenómenos espirituales tuvieran que ser también constatados. Pero en un derecho penal de acto es solamente relevante, en lo que respecta a la existencia de los requisitos del delito, el injusto típico (19) y la posibilidad de hacer al autor responsable individualmente por él. Otto acertadamente lo expuso de manera exhaustiva, resaltándolo expresamente, ya hace más de tres décadas (20). Claro que existen delitos en los cuales el injusto típico exige un motivo específico del autor con impacto personal. Piénsese por ejemplo en la provocación dolosa de la muerte de otro por odio racial o codicia. En estos casos, sin embargo, se trata ya de características personales especiales que tiñen el injusto. Los límites de la asunción de tales motivos en la ley se determinan conforme a los parámetros del *injusto* de un derecho penal de acto. Por lo tanto, se debe decidir sobre ellos de manera previa al nivel de la culpabilidad. En los casos de los fenómenos espirituales mencionados por los partidarios de la culpabilidad del ánimo, por el contrario, no se trata de requisitos del delito sino, evidentemente, en particularidades específicas del autor. Estas particularidades pueden ser tenidas en cuenta recién en el ámbito de la medición de la pena, en el cálculo de la pena que ha de colocarse en relación con el marco penal previsto para el hecho: el que alguien haya cometido un hecho antijurídico culpablemente —y sólo de esto se trata en la cuestión de los presupuestos del delito— no depende, fundamentalmente, de la cuestión relativa a qué postura espiritual ha originado el hecho. Se le reclama al autor en razón del injusto del hecho por el que ha de responder, no en razón de su conformación espiritual.

Gallas intentó escapar de las consecuencias de su posición explicando que el disvalor de ánimo existe cuando alguien, libremente, se decide en contra del derecho. Ya que entonces se manifiesta una postura que contradice lo que el orden jurídico exige de sus miembros ordenados y concienzudos. El disvalor de ánimo estaría dado, regular-

---

(19) Se trata, según el concepto de injusto personal, de conductas que incluyen al dolo como elemento volitivo de la acción dolosa y a la voluntad de acción como la acción a ser valorada como contraria al deber (conducta objetivamente imprudente).

(20) OTTO (nota 1), ZStW 87, pp. 581 ss. y 585 s.

mente, con el disvalor de acción y faltaría «sólo cuando el autor carece del poder a pesar de la comisión dolosa» (21). Por lo tanto, Gallas llega, en definitiva, nuevamente a la concepción que tiene por base la posibilidad de seguir la norma (22). Pero el resultado y la fundamentación no están en armonía. No puede ser correcto que a cada hecho punible le corresponda un disvalor de ánimo. Piénsese en la gran cantidad de hechos imprudentes, particularmente, en la imprudencia inconsciente (23). Tampoco los hechos impulsivos y los hechos omisivos están siempre ligados a un disvalor de ánimo. Igualmente es imaginable la existencia de otros hechos dolosos que son cometidos con un ánimo positivo o indiferente, por ejemplo, casos de homicidios a ruego llevados a cabo por piedad. Inversamente, es posible que exista un ánimo negativo, sin que exista una conducta penalmente típica, como especialmente en la tentativa de un delito que sólo es punible en caso de consumación. Además, un homicida sexual puede cometer el hecho impulsado por un ánimo extremadamente vil y, sin embargo, resultar impune en razón de la falta de capacidad de inhibición (24).

A pesar de que Schmidhäuser determinaba mejor el concepto encabezado por él de «la conducta espiritual lesionadora de bienes jurídicos» en comparación con cómo lo hacía Gallas respecto del punto de vista de la «postura espiritual», surgen las mismas objeciones. Schmidhäuser escribió: «la culpabilidad jurídico-penal es conducta espiritual lesionadora de bienes jurídicos... con ella se refiere que el autor, que lesiona el bien jurídico con su conducta voluntaria también lo lesiona con su conducta espiritual, es decir, no lo toma en serio», aunque él «espiritualmente, esté en contacto valorativo» (25). Pero «no tomarse en serio» aunque «esté espiritualmente en contacto valorativo» no se ajusta a la imprudencia inconsciente (26). Y tomar en serio es un concepto utilizado ya en el ámbito del dolo, a saber en la determinación del *dolus eventualis* (27) y por lo tanto, para la cuestión de la

---

(21) GALLAS (nota 4), pp. 45.

(22) Ello es señalado ya por ROXIN (*Strafrecht, Allg. Teil, Band I*, 4<sup>o</sup> ed. 2006, § 19 nm. 24).

(23) También es criticado por ROXIN (nota 22), loc. cit. Críticas más precisas de ROXIN a la teoría de la culpabilidad del ánimo, *Festschrift für Henkel*, 1975, pp. 171, 176 s.; JAKOBS, *Strafrecht Allg. Teil*, 2<sup>o</sup> ed. 1991, 17/17; CEREZO MIR, *ZStW 108* (1996), pp. 9, 22 s.

(24) ROXIN (nota 22), loc. cit.

(25) SCHMIDHÄUSER (nota 5), *Lehrbuch*, 10/6, 10/12.

(26) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 26.

(27) STRATENWERTH, *ZStW 71* (1959) p. 51 y 55 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 8 nm. 117; ROXIN (nota 22), § 12 nm. 27 ss. con otras referencias.

culpabilidad, no representa ya ninguna exigencia precisa. Lo más probable es que se piense en la conciencia de la antijuricidad actual, ya que para estar «espiritualmente en contacto valorativo» con el hecho concreto tomado en serio, se requiere una conciencia actual correspondiente. Sin embargo, con ello se llegaría a una elevación considerable de los requisitos de la comprobación de la culpabilidad, a pesar de que ella no sólo está dada cuando el autor se rebela conscientemente contra el orden jurídico.

b) Además pesa en contra de los representantes de la teoría de la culpabilidad del ánimo la cuestión de si pueden comprender la culpabilidad como *culpabilidad por el hecho individual*. Schmidhäuser mostró ya que por «el concepto de ánimo, en la ética y en el habla corriente ... se entiende frecuentemente exclusivamente el ánimo permanente» (28). Pero, ¿puede el “ánimo” verdaderamente ser otra cosa? Quien comete un hecho con ánimo malo, actúa con una disposición espiritual que trasciende lo momentáneo. Actúa en razón de una constitución espiritual permanente o en todo caso temporal, aunque por primera vez conduzca a la comisión de un hecho punible. Sólo así el concepto tiene también sentido. Cuando se trata de la conducta espiritual individual, se trata de otra cosa: dolo y conciencia de la antijuricidad. Estos fenómenos tienen entonces sólo que ver con el ánimo, cuando surgen de una actitud espiritual negativa ya presente, justamente de un mal ánimo.

Así ve las cosas, evidentemente, Beulke (29). Partiendo de la extendida concepción (30) relativa a que el dolo tendría una «función doble», es decir, tanto en el tipo de injusto como en la culpabilidad, Beulke sostiene que debido a esta duplicidad el «*dolo*, en la esfera de la culpabilidad, es el portador del *disvalor de ánimo actualizado* en el hecho. Caracteriza al dolo como forma de culpabilidad la enemistad al derecho o la actitud indiferente del autor respecto de las normas de comportamiento del derecho» (31).

---

(28) SCHMIDHÄUSER (nota 5), *Lehrbuch*, 10/3.

(29) (Nota 5), nm. 425. Conf. también WOLTER (nota 5), pp. 152 y 156; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 25° ed. 2004, § 15 nm. 34 (quienes hablan de ello en los lineamientos fundamentales relativos al concepto de culpabilidad [previo al § 13 nm. 23 ss.] pero sin utilizar más la idea del «disvalor de ánimo»).

(30) Conf. GALLAS (nota 4), p. 46 nota 89; GROPP (nota 15), § 13 nm. 112 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 464 ss.; LACKNER/KÜHL (nota 29), previo al § 15 nm. 34 ss.; TRÖNDLE/FISCHER (nota 5), § 16 nm. 20; entre otros.

(31) BEULKE (nota 5), nm. 425 (algunos de los resaltados me pertenece). También JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 426, hablan del «ánimo jurídicamente desaprobado actualizado» en el hecho. De manera poco clara se opone GALLAS, que por un



En tanto Beulke habla de *disvalor de ánimo actualizado* y de la *actitud* indiferente del autor, acierta finalmente en la esencia del ánimo. Pero para ello se expone a otras objeciones. El rol que se le asigna al dolo –según la teoría de la doble función– como elemento de la culpabilidad, se limita a abarcar al error sobre las circunstancias fácticas de la permisión. Se trata bien o mal de una construcción de apuro que debería permitir, por un lado, asignar este caso de error recién a la culpabilidad –y no al injusto– y por otro impedir la punibilidad del error evitable como delito doloso (32). Al «dolo» se le asigna por lo tanto, desde el punto de vista del contenido, sólo una función periférica, que –acaso si se quisiera seguirla– está muy alejada de darle a la culpabilidad su impronta y mucho menos de convertir al dolo en el «portador del disvalor de ánimo».

Los casos de error evitable sobre circunstancias fácticas de la permisión no representan, por lo general, una actitud de enemistad al derecho. Tampoco, la mayoría de las veces, está en juego la indiferencia.

Si se quiere seguir derivando de la «doble función» el que al nivel de la culpabilidad el «dolo» debería considerarse con la inclusión de su función en el tipo de injusto, entonces se abarcaría el ámbito total de los casos dolosos. Pero tampoco en ese caso podría tratarse de que lo característico para el dolo sea el origen en una actitud de enemistad al derecho o de la indiferencia respecto de las normas de comportamiento del orden jurídico. La gran mayoría de los autores, al cometer el hecho, reafirman el orden jurídico, no en último lugar, cuando se trata de su propia protección o la protección de las personas cercanas. Y también la norma particular, por ejemplo, la prohibición de matar, no resulta rechazada en general, sino que, generalmente, sólo lo es en relación con su validez respecto de la víctima concreta. De manera

---

lado habla de que aquí, por ánimo, no ha de entenderse «una manera permanente del autor» pero por otro lado afirma que se trata del «disvalor de la postura del autor *actualizada* en el hecho concreto» lo cual «implicaría la conclusión que cabe extraerse, de una observación generalizada orientada en parámetros de valor éticos sociales que surgen de un hecho tal y de sus motivos, de la postura total del autor respecto de las exigencias del derecho» ([nota 4], p. 45).

(32) Ha de aprobarse sin embargo, en razón de su cometido, el clasificar el error sobre una circunstancia objetiva de la permisión como elemento de la culpabilidad; y también el esfuerzo por no permitir las consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad también parece justificado. Sin embargo, la solución conforme al concepto de culpabilidad ha de buscarse más bien en una diferenciación de la conciencia de la anti-juricidad en la que todo dependa de si la falta de conciencia se basa en un error sobre circunstancias objetivas (con la figura intermedia relativa a la evitabilidad de la imprudencia sobre la permisión) o en un error sobre la valoración jurídica de la conducta (más precisiones al respecto HIRSCH, *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, pp. 223 ss.).



correspondiente sucede con la actitud indiferente respecto de las normas. Tampoco ella puede ser señalada, por las razones mencionadas, como característica. Por lo demás, se trata de cuestiones que en una clasificación sistemática más exacta conciernen al elemento general de la culpabilidad «conciencia de la antijuricidad», ya que se trata de una relación subjetiva respecto de la norma. Si en la culpabilidad estuvieran en juego la enemistad o la indiferencia respecto al derecho, nos enfrentaríamos a la existencia de grados cualificados de conciencia de antijuricidad. Pero, por razones evidentes, no son exigidas por ningún ordenamiento jurídico, e incluso autores que trabajan con estos conceptos para la interpretación del concepto de culpabilidad entendiblemente no requieren, para la comprobación de la culpabilidad concreta, que estén presentes.

El punto de vista del ánimo en relación con la culpabilidad por el hecho individual no funciona siquiera para la concepción mencionada por los autores.

c) Respecto de la culpabilidad del ánimo, Lenckner (33) introduce lo siguiente. Debido a que el reproche relativo al poder actuar de otra manera sería el mismo en el autor que actúa (subjetivamente) imprudentemente o con error de prohibición evitable que en el caso del autor que se decide conscientemente en contra del derecho, una característica adicional del objeto sería sólo posible en tanto como punto de partida normativo también entre en consideración el ánimo que devino manifiesto en la formación de la voluntad evitablemente defectuosa. La constatación de que el autor podría haber actuado de conformidad con la norma significaría solamente que se puede formular un reproche de culpabilidad. A Lenckner puede responderse que el poder, si no es que se desea negárselo por completo, también es cuantificable. El poder observar la norma, en el delito doloso, está dado en toda su extensión cuanto el autor actuó con conciencia de antijuricidad y podría haberse motivado según esa conciencia. Está reducido en los casos de culpabilidad disminuida y en los casos de error de prohibición evitable. En lo que respecta al delito imprudente se trata, en el caso de la culpabilidad plena, del poder individual de evitar la contrariedad al cuidado (plasmada en el resultado). Ésta está dada en tanto el autor reconoce la falta al cuidado, es decir, el injusto y puede actuar correspondientemente. Y el poder está reducido nuevamente cuando existen razones que restringen la culpabilidad, como por ejemplo, la capacidad de culpabilidad disminuida.

---

(33) LENCKNER (nota 5), previo al § 13 nm. 119.

d) La utilización del concepto «ánimo» es además, muy peligrosa. No sólo porque los autores en cuestión introducen puntos de vista en el concepto de culpabilidad que no pertenecen allí. La interpretación de la culpabilidad como disvalor de ánimo trae consigo el peligro de que el derecho penal de acto se transforme en un derecho penal de autor y con ello se lo prive de las bases propias del estado de derecho. Como el «ánimo», conforme a su naturaleza es un elemento espiritual no meramente momentáneo, la utilización del concepto brinda una invitación a ser aplicado en su sentido corriente. Con ello se llega, empero, a la generalmente rechazada culpabilidad por el carácter tal como la representaron v. Liszt y Eberhard Schmidt.

También surge, con la inclusión del ánimo en los requisitos del delito penal, la objeción de que no se diferenciará suficientemente entre *derecho* y *moral*. En la moral, el ánimo desempeña un rol decisivo. Pertenece a la conducta moral el que se siga la norma ética en razón del valor protegido por ella, de manera voluntaria, mientras que para la fidelidad al derecho basta que se cumpla con la norma (34). Ya que tampoco para la conducta moral se puede exigir que en todo momento se muestre aquella motivación de manera actualmente consciente, sino que está implicada una intención positiva latente en la que se basa la conducta, se trata del ánimo. La conducta fiel al derecho se contenta, por el contrario, con el hecho objetivo de que la norma jurídica no resulta lesionada. El disvalor de ánimo, por lo tanto, no puede ser por ello un requisito del delito jurídico.

Pero ello no es todo. El concepto «ánimo» tiene, como es sabido, un significado importante en relación con las *ideologías*. Es excelentemente apto para el abuso del derecho penal por dictaduras organizadas ideológicamente. Los regímenes fascistas y comunistas constituyen ejemplos que advierten sobre ello. Si una conducta es un delito y que con qué gravedad hay que clasificarla, depende entonces rápidamente de la orientación ideológica del autor. En la literatura se ha advertido acerca de cómo puede resultar influido el concepto de culpabilidad por parte de ideólogos (35). Pero estos riesgos son dominables

---

(34) Más precisiones acerca de la separación, que se remonta a THOMASIUS, WELZEL, *Festschrift für Julius v. Gierke*, 1950, pp. 290 ss.; *el mismo*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4<sup>o</sup> ed. 1962, pp. 164 ss. Ello no significa que las normas jurídico-penales son indiferentes desde el punto de vista ético. Sólo significa que satisface el aspecto jurídico el que sean observadas. El rechazo de una culpabilidad del ánimo para el derecho penal no conduce por lo tanto a la expulsión de la ética del ámbito del derecho penal.

(35) Vid. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, p. 21, y OTTO (nota 1), ZStW 87, p. 580.

a través de la exigencia de la culpabilidad ligada a una dogmática orientada objetivamente y a criterios claros (36), mientras que el punto de vista del ánimo realmente desemboca en una invitación a influencias ideológicas.

Podría observarse que el Código Penal alemán contiene elementos que son clasificados como *elementos del ánimo*. En el derecho actual, son especialmente nombrados por la literatura la «malicia» y los «móviles viles» (37). En consecuencia puede argumentarse que el concepto de culpabilidad, en definitiva, sí tiene que ver en algo con el ánimo.

Al respecto debe decirse que respecto de los elementos cuestionables se trata de vestigios de la época del nacionalsocialismo. Entretanto ya fue dejado de lado el elemento «inescrupulosamente» (38). Incluso el elemento «malicia» ha sido eliminado por el legislador de dos lugares (39). Estos elementos son cuerpos extraños en un Derecho penal orientado por el principio del hecho: en la literatura se expresan crecientemente objeciones derivadas de la idea del Estado de Derecho respecto de elementos del ánimo; estas objeciones señalan la apertura a la libertad de acción del juez para determinar los límites de la punibilidad y el peligro que significa para la igualdad en la aplicación del derecho (40). De tales elementos, en tanto todavía están presentes, no se deriva ninguna consecuencia para la solución de cuestiones dogmáticas generales. Anteriormente se ha señalado que en el caso de los elementos del ánimo, considerados cuidadosamente, se trata de transgresiones legislativas a los principios vigentes del Derecho penal de acto para la construcción de tipos de *injusto* (Derecho penal de ánimo, desconsideración del principio de determinación).

De estos elementos tampoco se pueden extraer consecuencias para la teoría de la culpabilidad, ya que en las *reglas legales generales sobre las cuestiones de culpabilidad*, el ánimo del autor no es mencionado. Los elementos del ánimo no son mencionados ni en las prescripciones sobre la capacidad de culpabilidad, ni en las relativas al error de prohibición, ni en las del estado de necesidad disculpante.

---

(36) En la práctica penal contemporánea, no reside en ello ningún problema actual. En lo restante, véase infra sección IV 2.

(37) «Malicia» se encuentra en los § 90a párr. 1, § 130 párr. 1 Nr. 2 y § 225 párr. 1 StGB, «móviles viles» en § 211 párr. 2 StGB.

(38) Estaba contenido en el anterior § 170c y durante un tiempo también en el antiguo § 170d (actual § 171) StGB.

(39) A saber del § 134 y con la supresión del § 170a StGB.

(40) Cfr. STRATENWERTH, *Festschrift für H. v. Weber*, 1963, p. 171 y 190; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 8 nm. 151; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 473; HIRSCH, *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 253 y 258 s.

Queda la pregunta de si las objeciones existentes respecto de la culpabilidad de ánimo pueden ser relativizadas por el hecho de que junto a la culpabilidad del hecho también existe una culpabilidad de la *determinación de la pena*. En el catálogo de los criterios para la medición de la pena del § 46 StGB se menciona «el ánimo que se reconoce en el hecho». ¿Se trata por lo tanto en la explicación de este tema solamente de un problema formal de clasificación? Debe observarse, sin embargo, que la culpabilidad por el hecho es constitutiva del delito y que por lo tanto, como culpabilidad que fundamenta la pena *delimita el delito*, mientras que en el caso de la culpabilidad que determina la pena se trata recién de una consecuencia jurídica, a saber, de la pena que ha de aplicarse en el caso concreto. La culpabilidad que determina la pena es más amplia en sus puntos de vista, como lo demuestra el catálogo del § 46 StGB. Pero como en ella se trata del castigo del hecho cometido, *está referida a sus límites*, no sólo en relación con el marco penal, sino también por el hecho de que la pena concreta a aplicarse no puede superar la proporcionalidad relativa a la culpabilidad que surge del hecho cometido (41). La consideración del ánimo que se reconoce en el hecho en la determinación de la pena, no tiene, por lo tanto, ninguna influencia sobre la culpabilidad como elemento del delito. Por el contrario, tiene que respetar los límites trazados por la culpabilidad por el hecho.

e) Ya se indicó que a la mayoría de los partidarios de la culpabilidad del ánimo los guía la preocupación de que de otra manera se produzca un «vaciamiento del concepto de culpabilidad». Luego de que el dolo sobre las circunstancias de hecho se convirtiera en un elemento del injusto, quedaban para el nivel de la comprobación de la culpabilidad los elementos restantes considerados en ese entonces: la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad (42). Estos criterios surgen, en la comprobación del caso, principalmente en una forma negativa: ya que en el caso de la capacidad de culpabilidad no se puede definir a la normalidad de manera apta para la subsunción, y que el círculo de las anomalías jurídicamente relevantes para el delito

---

(41) *Cfr.* § 46 párr. 1 oración 1 StGB, donde se lee «la culpabilidad del autor... es el fundamento de la medición de la pena». Sobre la relación entre la culpabilidad del hecho y la culpabilidad de la medición de la pena véase también HIRSCH (nota 40), pp. 265 s. con otras referencias.

(42) Según la teoría de la doble función del dolo (*Cfr.* supra notas 30 y 32), que pretende comprender el error de tipo permisivo sobre la categoría de la «culpabilidad del dolo específica», se trata también de una característica independiente para la no existencia de tal error.

resultaría totalmente indeterminada, se indica un catálogo de causas de incapacidad de culpabilidad. También la exigibilidad se ve sólo delimitada precisamente a través de una circunscripción negativa, por lo que para los delitos dolosos de comisión resulta una delimitación legal a través de motivos de disculpa. A ello corresponde el que cada elemento de la culpabilidad –también la conciencia de la antijuricidad, respecto a su falta: el error de prohibición (43)– tenga repercusión prácticamente sólo en los casos de excepción, en todo caso en el delito doloso. Por el contrario, el dolo y también en todo caso la imprudencia objetiva, igualmente ubicada en el tipo de injusto, necesitan una comprobación más exhaustiva (44). El rol constitutivo que antiguamente cobraban el dolo y la imprudencia recién a nivel de la culpabilidad condujo, por lo tanto, a un tipo de pensamiento encasillado: la culpabilidad tendría un objeto de valoración *propio*. Ello era, sin embargo, ya en ese entonces falso, ya que el dolo, es decir, la decisión al hecho, y también la imprudencia no pueden ser separados del injusto. En la culpabilidad no se trata justamente de algo independiente del injusto, sino de algo accesorio. El delito se compone de niveles de valoración, y cada uno de ellos contiene al anterior como presupuesto. Cada elemento siguiente amplía el objeto de la valoración al agregar presupuestos (45). Culpabilidad significa correspondientemente que ha de reprocharse al autor una acción (u omisión) típica y antijurídica, por la cual él es individualmente responsable. El objeto de referencia del juicio definitivo de culpabilidad es, por lo tanto, el hecho total.

Depende por consiguiente solamente de qué elementos específicos del injusto deban *estar presentes* para que de la conducta antijurídica

---

(43) Y también el error de tipo permisivo.

(44) La imprudencia subjetiva (previsibilidad individual) es clasificada todavía por la doctrina dominante, con razón, en la culpabilidad. Tras ella se oculta, en la imprudencia inconsciente, la posibilidad del autor de reconocer la contrariedad de su conducta con el cuidado objetivo. Se trata, por lo tanto, de que para el autor debió ser reconocible la prohibición concreta y con ello el injusto de su acción. Mientras que a la culpabilidad completa en el ámbito del delito doloso, pertenece la conciencia de antijuricidad, es suficiente en el delito imprudente que el autor haya podido reconocer el deber objetivo de cuidado, lo que significa: el injusto. En la presencia de contrariedad objetiva al cuidado (imprudencia objetiva), este requisito de la culpabilidad, generalmente, también se encuentra cumplido. Con más detalle sobre todo ello: HIRSCH, *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 515, 524 ss. y 528 s. Véase sobre el tema, también en lo que sigue, III 1.

(45) Con más detalle HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 5 s., 182, 186. Ello no significa, por lo demás, que el injusto típico ya represente por sí mismo una culpabilidad parcial. Más bien, el hecho se convierte en culpable (completamente o en una forma atenuada) recién con la presencia de los elementos de la culpabilidad específicos del tercer nivel del delito.

pueda resultar un hecho culpable (individualmente reprochable). No se trata, como lo ha demostrado la nueva dogmática, de que el dolo de tipo y la imprudencia objetiva, como requisitos del delito, pertenezcan ya al tipo de injusto. Esto no significa que no tengan importancia alguna para la culpabilidad. En tanto el hecho que ha de ser valorado como culpable comprende al injusto como presupuesto de la culpabilidad, resultan incluidos al considerarse el injusto.

4. De todo ello resulta que la teoría de la culpabilidad del ánimo es, dogmática y políticocriminalmente, un camino erróneo. Con razón Otto le ha criticado que ella no le hace justicia a la cuestión del «contenido de las circunstancias estrechamente relacionadas al injusto» por las cuales el autor ha de ser responsabilizado penalmente de forma individual (46).

### III.

1. Algunos autores opinan que la culpabilidad, respecto del injusto, no tiene una importancia que vaya en realidad más allá de él (47). Estos autores se basan para ello en consideraciones relativas a las teorías de las normas. De contrariedad a la norma sólo podría comportarse quien en la situación concreta es capaz de seguirla. Se trata de la vieja, hace tiempo superada, teoría de los imperativos.

Las verdaderas cuestiones relativas a la teoría de la culpabilidad son trasladadas, de esta manera al nivel del injusto. Por lo tanto, esta concepción no contribuye en nada a su solución. En lugar de eso, se descuida la función de regulación de las normas, es decir, la de brindar orientaciones de comportamiento que sean generalmente vinculantes, según las cuales una sociedad debe guiarse y en las cuales puede orientarse. Para ello se necesitan normas que se dirijan a la normalidad del poder de seguimiento de la norma. Ello puede ser demostrado claramente con las reglas del tráfico vehicular. El tráfico sólo puede funcionar si los participantes en él pueden partir de la existencia de reglas válidas para todos. También debe observarse que de la individualización de la comprensión de la norma resultaría que la ampliación del ámbito de la acción conforme al derecho de alguien, conduciría a un

---

(46) *Cfr.* OTTO (nota 1), ZStW 87, p. 581.

(47) *Cfr.*, últimamente con gran detalle RENZIKOWSKI, ARSP-Beiheft Nr. 104, 2005, pp. 115 y 134 ss. con otras referencias.

perjuicio de la libertad de acción de otro. Ello es significativo justamente para la legítima defensa. Si el agresor no actúa de manera anti-jurídica, al afectado le está vedada la legítima defensa. Los partidarios de la concepción aquí criticada opinan, por lo tanto, que la legítima defensa se determina según criterios diferentes a los de la teoría de las normas (48). ¿Pero según qué debe orientarse de manera sensata si no es según la contrariedad a la norma del ataque?

Una vuelta a la vida aun más amplia experimenta la teoría de los imperativos en aspectos de la nueva dogmática de la imprudencia. Algunos autores sostienen que las normas de cuidado se orientan según las capacidades concretas de cada individuo (49). El exigir de alguien una conducta cuidadosa determinada, de la que no es capaz –porque no puede evitar individualmente el resultado– carecería de sentido. En contra de ello se ha demostrado que el ordenamiento jurídico no puede funcionar sin recurrir a indicaciones de comportamiento que sean vinculantes en general. Cuando alguien no puede individualmente seguir las indicaciones, sólo entra en consideración a lo sumo una falta de culpabilidad (50).

En el trasfondo de la discusión acerca de la diferenciación entre injusto y culpabilidad en el delito imprudente se encuentra evidentemente una interpretación errónea del concepto del injusto personal: la asunción de que la imprudencia subjetiva (previsibilidad individual) sería la correspondencia del dolo. El concepto de injusto personal, sin embargo, no significa como repetidamente se afirma, una subjetivización del injusto al modo de reflejo del lado objetivo del hecho. Más bien se trata de la consideración de la voluntad de acción de la conducta antijurídica (51). En el delito imprudente, ésta consiste solamente en la voluntad de acción de la conducta objetivamente contraria al deber que ha de ser valorada. La previsibilidad individual concierne

---

(48) Cfr. RENZIKOWSKI, *loc. cit.*, p. 136.

(49) STRATENWERTH, *Strafrecht Allg.* Teil, 1.º ed. 1971, nm. 1164 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 15), § 15 nm. 12 ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 ss. y 55 ss.; *el mismo* (nota 23), 9/8 ss.; GÖSSEL, *Festschrift für Bengl*, 1984, pp. 23 y 35 s.; CASTALDO, GA 1993, 495 ss.; WEIGEND, *Festschrift für Gössel*, 2002, pp. 129, 142 s., con otras referencias. Ya *Stratenwerth* (*loc. cit.*, nm. 1170, 1180) y JAKOBS (Teheran-Beiheft ZStW 1974, pp. 12 ss.) relativizaron en tanto esta subjetivización del injusto imprudente con relación a capacidades aumentadas en parte a través del «riesgo permitido» como correctivo del injusto; al respecto más detalladamente HIRSCH, ZStW 94 (1982), pp. 239 y 272 s.

(50) Así también la doctrina dominante; con más precisiones HIRSCH (nota 44), pp. 524 ss. con otras referencias.

(51) Correspondientemente, en el delito de omisión, de la voluntad (decisión) de omitir, que es clasificada como contraria a la norma.



por el contrario recién a la culpabilidad del delito imprudente, es decir, la posibilidad individual de reconocer la contrariedad al cuidado objetiva (= contrariedad a la norma) de la conducta (52).

2. Otros autores pretenden suprimir completamente, ya desde su contenido, el principio de culpabilidad. Fundamentan esta idea en que el principio de culpabilidad se basaría en el libre albedrío, pero que éste no sería demostrable (53). Contra ellos se sostiene que por su parte, no ofrecen a cambio ningún concepto útil (54) y que la renuncia al concepto de culpabilidad redundaría más bien en una desventaja para el ciudadano (55). Es decir, la afirmación del requisito de la culpabilidad al menos le otorga al ciudadano que entra en conflicto con la ley penal la oportunidad de no «ser entregado a las altamente dudosas ventajas del tratamiento como enfermo», porque de otra manera «en general estaría alcanzado por las radicales medidas de seguridad del Código Penal» (56).

Estos argumentos son ilustrativos, pero demuestran solamente consecuencias prácticas. Otras opiniones se han esforzado en la prueba del libre albedrío (57). Sin embargo, no ha sido posible hasta ahora encontrar una prueba concluyente y quizás ello nunca se logre. Ello vale también, justamente, para la posición opuesta: el determinismo.

Cabe preguntarse, sin embargo, si para la ciencia jurídica esta disputa tiene alguna importancia. La ciencia jurídica no es una ciencia natural, sino que se orienta en las manifestaciones de la vida social. Si el derecho debe llegar a los seres humanos, debe tomarlos por

---

(52) En detalle sobre ello HIRSCH (nota 44), pp. 524 ss.

(53) Vid. por ejemplo PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, pp. 198 ss. y 375 ss.; DANNER, *Tatvergehung oder Tätererziehung?*, 2° ed. 1972, pp. 45 ss. y 90 ss., *passim*.

(54) STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 40.

(55) LACKNER, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 245 y 266.

(56) LACKNER, *loc. cit.*; y ARTHUR KAUFMANN, *Festschrift für Lange*, 1976, p. 27, llega al resultado: «frente a tales exigencias extremas se puede, sin temor, dejar de considerar la cuestión».

(57) De manera llamativa llegó a esa expresión la decisión del Tribunal Supremo Federal en pleno, BGHSt. 2, 194, 200. Resumidamente y de manera interdisciplinaria especialmente DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, *passim*. De las posiciones recientes véase además por ejemplo GRIFFEL, ZStW 98 (1986), pp. 28 y 38 ss., y *Schünemann*, en: *el mismo* (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153 y 163 ss. Referencias ulteriores en *Lenckner* (nota 5), previo al § 13 nm. 108.



lo tanto, como éstos se conciben a sí mismos. De lo contrario, fallaría en su cometido. Como el ser humano, básicamente, se *experimenta* a sí mismo como libre, ello debe constituir el punto de partida. El derecho creado por los seres humanos no puede estar en contradicción con la concepción de sí mismos que tienen sus destinatarios. Al derecho sólo le queda orientarse según la cosmovisión del ser humano y con ello debe aceptar la *representación* del libre albedrío y no al libre albedrío en sí mismo como fundamento general de la conducta humana. Desde el punto de vista del derecho penal, se añade que las amenazas de pena y también la pena misma parten especialmente de esta base de autoconcepción del ser humano. Se trata, con relación a ellas, justamente de invocaciones dirigidas a la formación de la voluntad, respecto de la cual el ser humano se atribuye la libertad de su formación (58).

Cuando hoy en día, por parte de algunos investigadores del cerebro (59) se anuncia –de manera algo sensacionalista– que según sus estudios, el libre albedrío ha de negarse, ello no afecta por lo tanto al ordenamiento jurídico ni a la ciencia del derecho. Más allá de que esas tesis médicas recuerdan a la concepción de los anatomistas del siglo XIX, según los cuales los seres humanos no tendrían alma, porque un órgano correspondiente no era hallado desde el punto de vista anatómico, debe tenerse en cuenta que el derecho, para poder funcionar, debe orientarse en la sociedad con la autoconcepción del ser humano que le está dada. La ciencia jurídica, en consecuencia, es ciencia social y no ciencia natural. Por lo demás, no se trata tampoco de un tema específicamente jurídicopenal: más bien, hoy en día, universalmente casi todos los sistemas sociales y culturales se basan en esa autoconcepción (60).

Para la explicación de la cuestión residente de la «posibilidad de seguir la norma» esto significa que debe constituir el criterio de la culpabilidad la autoconcepción del ser humano que subyace.

---

(58) *Cfr.* sobre lo precedente: HIRSCH, ZStW 106 (1994), pp. 746, 763 s.; CEREZO MIR, (nota 23), pp. 20 s.; BURKHARDT, Das Magazin 14 (2003), editor Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, Heft 2, pp. 21 ss.; Lackner/Kühl (nota 29), previo al § 13 nm. 26 con amplias referencias sobre el estado de la discusión.

(59) Especialmente W. SINGER, *Ein neues Menschenbild?*, 2003; *el mismo*, *Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung – zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen*, en: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2), pp. 235 ss.

(60) Acerca de la crítica a las tesis de SINGER, Véase sobre todo H.-L. SCHREIBER, *Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*, en: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 10 (2005), pp. 23 ss., con otras referencias. Exhaustivo acerca del problema desde el punto de vista jurídico penal últimamente G. DETLEFSEN, *Straf. Abh.* Bd. 177 (2006).

## IV.

En la literatura, además, han conseguido gran atención ciertas teorías que relacionan el concepto de culpabilidad con la prevención general.

1. En primer lugar ha de mencionarse la concepción de Jakobs. Ella parte de la imposibilidad de probar la existencia del libre albedrío y por lo tanto niega la posibilidad de partir del «poder actuar de otra manera» (61). Ya que Jakobs, por otro lado, debe encontrar una «competencia» del autor por el quebrantamiento de la norma, recurre nuevamente al principio de culpabilidad y lo deriva de la prevención general. La culpabilidad sería un «derivado de la prevención general» (62). De ello resulta un concepto de culpabilidad con relación a fines: una acción sería culpable en tanto represente la expresión de un «déficit de fidelidad al derecho», por lo cual él mismo es competente por el quebrantamiento de la norma» (63).

Debe oponérsele a Jakobs que la culpabilidad no puede ser explicada a partir de la prevención general, sino que está en contraposición con ésta. La culpabilidad sirve como la barrera que marca el límite de la responsabilidad individual frente a los desbordes de la prevención general. Basarse en ésta última significa una desindividualización del concepto de culpabilidad. Además, a diferencia de la culpabilidad, la prevención no está dirigida al pasado –el injusto cometido– sino al futuro (64).

También cabe preguntarse cómo deberían derivarse los criterios del concepto de «culpabilidad» desde el punto de vista de la «expresión de un déficit de fidelidad al derecho del autor». Alguien puede mostrar «un déficit de fidelidad al derecho» que se base en trastornos mentales patológicos. También podría suceder que quien se encuentra en estado de necesidad disculpante no pueda mantenerse fiel al derecho. Sin embargo, nadie sostendría en estos dos casos que debería pensarse. Se demuestra aquí los rasgos característicos de la dogmática de Jakobs: se utilizan conceptos que son imprecisos desde el punto de vista de la sistemática y le son atribuidos muchas veces los resultados

---

(61) JAKOBS (nota 23), 17/23.

(62) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss. y 31 ss.; *el mismo* (nota 23), 17/18 ss., 1/1 ss.; *el mismo*, *Das Schuldprinzip*, 1993.

(63) JAKOBS, Allg. Teil (nota 23), 17/25, 17/19, 17/20.

(64) *Cfr.* la crítica en BOCK, ZStW 103 (1991), pp. 636 y 643 ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 215 s.; KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, pp. 157 ss.; LACKNER/KÜHL (nota 29), previo al § 13 nm. 25; LENCKNER (nota 5), previo al § 13 nm. 117; STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 10 nm. 6 s.; cada uno con amplias referencias.

materialmente correspondientes que fueron, en realidad, desarrollados por la dogmática combatida por Jakobs.

Por lo demás, la concepción de la «culpabilidad» de Jakobs cae en una contradicción: si se trata realmente de prevención general, desde el punto de vista de la prevención negativa, el efecto sería mayor si el requisito de la culpabilidad –de por sí limitador– no existiera en absoluto. Y desde el punto de vista de la llamada prevención general positiva, se origina un círculo: ésta debería significar que a través de la confianza de la generalidad en la punición justa resulta una estabilización de la norma. Si fuera así, la prevención general positiva no podría a su vez ser el presupuesto de la punición justa, sino en el mejor de los casos, su consecuencia (65).

La derivación de la culpabilidad a partir de la prevención general constituye ciertamente la confusión más grande que ha experimentado hasta ahora la teoría de la culpabilidad.

Otto señala acertadamente: cuando se cree que la autoconcepción que el ser humano tiene del libre albedrío en la que se basa el concepto de culpabilidad pertenece al pasado y que, en lugar de ello, ha de recurrirse a la idea de la prevención, ello sería «idéntico a la constatación de que el respeto de la dignidad de la persona ya no es actual» (66).

2. Menos radical es el intento de Roxin de relacionar el concepto de culpabilidad con la prevención general. Él opina que en el lugar hasta ahora ocupado por el elemento del delito «culpabilidad», deben ingresar la culpabilidad y la prevención como «elementos que se limitan recíprocamente» en el nivel de la teoría del delito comprensivo llamado «responsabilidad» (67).

Aquí también se trata de que el «poder» debe ser reemplazado por algún otro punto de vista (68).

Esta concepción no es clara en todos sus aspectos. Cuando se sostiene que la culpabilidad y la prevención deben limitarse recíprocamente, debe necesariamente, en primer lugar, existir una culpabilidad. ¿De dónde surge ésta, cuando el poder seguir la norma, como sostiene Roxin, no es un punto de vista adecuado? Roxin pretende entender a la

---

(65) Este y otros argumentos en contra de la derivación hecha por JAKOBS de la culpabilidad a partir de la prevención general se encuentran en HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 182c s.; *el mismo* (nota 58), pp. 753 ss. y 756 ss.; con detalladas referencias a la literatura.

(66) OTTO, GA 1981, 481, p. 491.

(67) ROXIN (nota 22), § 3 nm. 51 ss., 59 ss., § 19 nm. 1 ss.; *el mismo*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed. 1973, pp. 33 ss.; *el mismo*, *Festschrift für Henkel* (nota 23), pp. 171 ss. Referencias a otros autores serán hechas en la nota 80.

(68) *Cfr.* ROXIN (nota 22), § 19 nm. 21 s.

culpabilidad como «la acción injusta a pesar de la existencia de asequebilidad normativa». Ello quiere decir que «la culpabilidad del autor ha de afirmarse cuando en él las capacidades mentales y espirituales estaban disponibles para atender la invocación de la norma, cuando las posibilidades de decisión para una conducta orientada conforme a la norma le eran asequebles psíquicamente, cuando las posibilidades de control psíquicas (ya sea libres o determinadas) que están presentes en los adultos sanos en la mayoría de las situaciones están disponibles en el caso concreto» (69). Detrás de esta definición un tanto amplia aparece el poder seguir la norma nuevamente, como lo demuestran los puntos de vista de «disponer, en el hecho, de sus condiciones mentales y espirituales para seguir la invocación de la norma», «si estaban disponibles psíquicamente posibilidades de decisión para orientar la conducta conforme a la norma» y «cuando las posibilidades de control psíquicas que están presentes en los adultos sanos en la mayoría de las situaciones están disponibles en el caso concreto». Roxin también escribe que su concepción de la culpabilidad «extrae todo lo posible, desde el punto de vista forense, del concepto corriente del poder actuar de otra manera». Se atribuye normativamente –debido a lo que considera legítimamente aceptable de la discusión científico natural acerca del determinismo– sólo la posibilidad derivada de ese diagnóstico de comportarse conforme al derecho (70). En referencia a la «atribución normativa» se yergue sin embargo la cuestión de las bases científicas.

En lo que concierne a la relación con la prevención general, Roxin sostiene:

«La afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para poner un límite a la intervención estatal necesaria por razones preventivas; la legitimidad de su reconocimiento como un medio de salvaguardar la libertad de los ciudadanos no depende de que pueda ser comprobada empíricamente o desde la perspectiva de la teoría del conocimiento. Su adopción es un dispositivo normativo» (71).

En tanto a la culpabilidad, con ello, solamente se le asigna la función de constituir un límite superior, se desdibuja, si se lo considera de manera consecuente, su rol constitutivo como piedra fundamental del delito (72).

(69) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 36.

(70) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 46.

(71) ROXIN (nota 22), § 3 nm. 55.

(72) Sobre ello ya HIRSCH (nota 58), pp. 754 ss. ROXIN rechaza estas objeciones con el comentario de que la frase citada no habría tenido esa intención ([nota 22], § 19 nm. 9).

Roxin indica que el concepto de culpabilidad que defiende se asemeja al de Jakobs en tanto se deriva de los fundamentos «sociales» del concepto funcional de culpabilidad (73). Con ello se expone, sin embargo, de manera fácil a las mismas objeciones que pueden formularse respecto de Jakobs.

Aun cuando se le asigne a la prevención general solamente la función de limitar la culpabilidad ya existente, ello sigue arrojando problemas. El primero consiste en que resulta totalmente falto de precisión y por lo tanto, como punto de partida para cuestiones que pertenecen al sistema dogmático, carece de todo poder de orientación. Con su invocación, en realidad, puede afirmarse cualquier cosa. En segundo lugar, reúne puntos de vista que son incompatibles con el concepto de culpabilidad. Como ya se mostró *supra*, en el concepto de culpabilidad se trata de la responsabilidad individual del autor. La mirada se dirige por lo tanto a su constatación, bajo la forma de la comisión del hecho. La prevención, por el contrario, está dirigida hacia el futuro. No tiene nada que ver con la constatación del tercer elemento del delito. La prevención general también incluye el lograr efectos psíquicos en terceros. En tanto se trate de prevención general negativa, todo lo que tenga que ver con el castigo del injusto resulta de interés, pero no lo es de igual manera la consideración individual de la que se trata en la cuestión de la culpabilidad. Y en lo que concierne a la llamada prevención general, poco interesa lo que se refiere a la limitación penal de la responsabilidad individual.

Roxin cree, sin embargo, que sus reflexiones pueden ser probadas especialmente con relación al ejemplo del estado de necesidad disculpante (§ 35 StGB). Su regulación, según su opinión, sólo puede explicarse recurriendo a consideraciones preventivas, como especialmente ocurre con la excepción prevista para los casos especiales de deberes de soportar el peligro conforme al § 35, párrafo 1, oración 2 StGB. Según él, la diferencia sólo puede ser aclarada cuando a pesar de la situación de necesidad puede considerarse la existencia de culpabilidad, mientras que fuera de los casos especiales, la falta de necesidad preventiva de punición fundamenta el decaimiento de la responsabilidad (74). En contra de ello debe oponerse que tras esta diferenciación se encuentran diferentes grados de capacidad psíquica de soportar, es decir del «poder» que puede esperarse de distintos grupos de personas y que en los casos normales debe desconsiderarse, en razón de su insignificancia, un resto de culpabilidad (75).

---

(73) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 48.

(74) ROXIN (nota 22), § 19 nm. 1 ss.

(75) *Cfr.* HIRSCH (nota 25), previo al § 32 nm. 193; también JESCHECK (nota 5), previo al § 13 nm. 72; CEREZO MIR (nota 23), pp. 23 s.

Roxin designa a la combinación de culpabilidad y prevención concebida por él como elemento del delito con el término «responsabilidad» (76). Eso suena moderno y más sobrio en comparación con «culpabilidad». Pero en Roxin también resulta claro, como ya se demostró, en dónde residen los defectos: en la intromisión de puntos de vista que desindividualizan. El concepto de «culpabilidad» permite, por el contrario, de manera inconfundible, realizar referencias individuales. Para ello, la praxis ha desarrollado durante años parámetros en los que se pueden orientar las decisiones jurídicas (77). La poca capacidad de funcionar como límite que ofrece el concepto «responsabilidad» se hace evidente con lo mucho que se escribe acerca de que las personas jurídicas serían penalmente «responsables» por la conducta culpable de sus representantes (78). Cualquiera sea la postura que se quiera adoptar respecto de la punibilidad de las personas jurídicas, no debe perderse de vista que para la punición de una corporación como tal se necesita algo más que el hecho de que quienes actúen inmediatamente se desempeñen como representantes. Sería irrenunciable para castigar a la persona colectiva que ella como tal haya podido evitar la conducta (por ejemplo, a través de la vigilancia de la actividad o mediante una elección cuidadosa del personal). Como demuestran la discusión actual y la legislación, el concepto de «responsabilidad» desplaza a estas exigencias fuera del cuadro. Otto ha indicado, por eso, de manera temprana que la desindividualización progresiva que acompaña al concepto de «responsabilidad» significa el reemplazo de la culpabilidad por la mera *responsabilidad* [Haftung], es decir, por un concepto ajeno al Derecho penal (79).

En lo restante, rige respecto a todo recurso a la prevención en el ámbito de las cuestiones de culpabilidad (80) lo que ya se ha señalado.

---

(76) Referencias supra en nota 67.

(77) HIRSCH (nota 58), pp. 758 s.

(78) Con más detalle al respecto HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, *passim*; HIRSCH, ZStW 107 (1995), pp. 285 ss. con otras referencias.

(79) OTTO, GA 1981, 481, p. 494 nota 30. ROXIN mismo habla de «el hacer responder [Haftbarmachung] penalmente al autor» ([nota 22], § 19 nm. 1). Críticas más precisas a la teoría de la «responsabilidad» de ROXIN en HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 182b, 195; *el mismo* (nota 58), pp. 755 ss.; cada uno con otras referencias.

(80) Que se encuentra también en otros autores, por ejemplo, –con particularidades en los detalles– como «concepto funcional de culpabilidad» en ACHENBACH, en: SCHÜNEMANN, editor (nota 57), p. 151; AMELUNG, en: SCHÜNEMANN, editor (nota 57), pp. 97 ss.; SCHÜNEMANN (nota 57), pp. 169 ss. Véase también «el entendimiento funcional de la culpabilidad» en STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 637 ss.; *el mismo*, en: *Münchener Kommentar StGB*, 2003, § 20 nm. 20 ss.; *el mismo*, *Festschrift für Hruschka*, 2005, pp. 697, 710 ss. y 716 ss.

## V.

1. Se ha demostrado que ningún argumento contrario a la concepción del poder seguir la norma es contundente y que los conceptos alternativos no son convincentes. También Gallas asumió, si se lo considera más detenidamente, que en la cuestión de la culpabilidad ha de responderse al poder individual. Él parte, a saber, de la pregunta –como ya fue mencionado– acerca de «dónde reside precisamente la razón objetiva para la conexión entre la reprochabilidad y el poder». Además, escribió que «el disvalor del ánimo.... falta solamente cuando al autor, a pesar de su comisión dolosa, le faltaba el poder (81)».

Para hacer responsable individualmente al autor por su hecho que ha cometido típica y antijurídicamente, ha de saberse si pudo seguir la prohibición o el mandato [en lo cual, al legislador le es dejado un ámbito de discreción en lo referente al grado de poder presupuesto (82)]. La diferencia entre injusto y culpabilidad, que antiguamente se consideraba como definitivamente residente en la oposición «objetivo-subjetivo», se rige conforme al par conceptual «deber-poder». En el ámbito de los elementos específicos de la culpabilidad, se trata por lo tanto de la posibilidad del autor de que en el momento de la comisión del hecho pueda reconocer el injusto concreto respectivo y que pueda comportarse de acuerdo a esa comprensión. Estos elementos del concepto de culpabilidad se hacen incluso evidentes en las reglas legales relativas a la inimputabilidad, en las que son indicados como puntos de vista de la culpabilidad: «el comprender lo injusto del hecho o comportarse de acuerdo a esa comprensión» (83). La posibilidad de la conciencia de antijuricidad constituye el requisito intelectual de la culpabilidad, y la posibilidad de motivarse conforme a esa comprensión, el requisito voluntativo. Que la imputabilidad además se mencione de manera separada tiene su razón en que las perturbaciones mentales enumeradas pueden afectar tanto a uno como a otro requisito –o a ambos– y que estos defectos condicionados psíquicamente pueden implicar además consecuencias jurídicas particulares (84).

---

(81) *Cfr.* GALLAS (nota 4), pp. 44 s. También JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 422, trata ante todo de ello.

(82) *Vid.* los requisitos legales del estado de necesidad disculpante.

(83) *Cfr.* §§ 20 y 21 StGB, § 11 del Código Penal austríaco, Artículos 30 y 31 §§ 1 y 2 del Código Penal polaco, Artículo 10 del Código Penal suizo, Artículo 20, párr. 1 del Código Penal español, entre otros.

(84) *Cfr.* sobre lo anterior: HIRSCH (nota 15), previo al § 32 nm. 187, 189.



Está claro respecto del punto de vista del poder de seguir la norma que no debe ser entendido como una individualización *extrema* (85). Y fue señalado que las leyes penales, en el ámbito del estado de necesidad disculpante, adoptan reglas que indican cuándo debe partirse de la base de que una norma no puede ser seguida. Pero frecuentemente tampoco la determinación del «poder» en las cuestiones de la imputabilidad y del error de prohibición evitable pueden ser respondidas sin recurrir a valores de la experiencia en relación con el «poder» promedio. Por ello, para la praxis surge frecuentemente la necesidad de orientarse en si el ciudadano promedio, en una situación comparable, habría podido seguir la norma (86). En esta generalización no se trata, sin embargo, de la pregunta de cómo *debería* haberse comportado el autor (87), ni mucho menos de aspectos preventivos, sino de conocimientos de la experiencia relativos al «poder» de ser humano. Incluso en el caso concreto es posible aceptar desvíos –en ambas direcciones– individuales y determinados por la situación, respecto de lo que indican las reglas de la experiencia, a menos de que se trate de un grado de «poder» extremo y por lo tanto, jurídicamente irrelevante. El largo trato de los tribunales con el concepto de culpabilidad les ha posibilitado que su desarrollo no sólo sea conforme con la práctica, sino también que se alcancen resultados justos. A la imprudencia, cuyo aspecto de culpabilidad ha ocupado repetidamente a la práctica de los tribunales, pertenece el trato más cercano con el «poder» individual, incluso en la cotidianeidad jurídica, sin que por ello se haya demostrado como un punto de vista inadecuado. Que en la determinación intervengan las reglas de la experiencia no significa que los elementos particulares que han de comprobarse a nivel de la culpabilidad sean de naturaleza preponderantemente normativa. Más bien se trata justamente, con especial intensidad, de determinaciones acerca de hechos.

Se confirma por lo tanto que el elemento del delito «culpabilidad» consiste en el «*poder*» individual de seguir la norma. No estamos en presencia de un quebrantamiento de una norma jurídica de deber adicional al del injusto, sino de la cuestión de si el autor puede

---

(85) Sobre ello STRATENWERTH/KUHLEN (nota 15), § 10 nm. 4; LENCKNER/PERRON (nota 5), § 20 nm. 26; JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 427 ss. con otras referencias.

(86) *Cfr.* los autores mencionados en la nota 85.

(87) Ello resulta no raramente pasado por alto en el error de prohibición, cuando la evitabilidad ya se apoya en una infracción de *deberes* de información (*Cfr.* BGHSt. 4, 1, 5). Bajo aspectos de la culpabilidad se caería, como ya fue mencionado, en *un regressus in infinitum*.



ser hecho individualmente responsable del injusto que cometió. Y la prevención general no tiene nada que buscar en el concepto de culpabilidad.

2. La lista de imprecisiones que pueden observarse en la teoría de la culpabilidad podría extenderse aun más. Se trata, sin embargo, de cuestiones particulares que no necesitan ser tratadas aquí. Sólo hace falta referirse a un punto fundamental: la en parte constatable *confusión*, en las explicaciones dogmáticas, entre cuestiones relativas al injusto y cuestiones verdadera o aparentemente concernientes a la culpabilidad. Ello ocurre por ejemplo en las explicaciones del *dolus eventualis*. Si se reconoce al dolo como elemento subjetivo del tipo de injusto, como lo hacen los autores referidos, entonces sus presupuestos y con ello también los del dolo eventual han de ser determinados, de conformidad con un sistema dogmático consecuente, en razón de criterios relevantes para el injusto. En partes de la literatura se habla, sin embargo, en el ámbito de la limitación entre *dolus eventualis* y *luxuria*, de que se trataría de una diferencia del injusto y la culpabilidad entre ambos fenómenos (88). Ello significa que el elemento voluntativo del dolo en el dolo eventual sería un elemento de la culpabilidad: la circunstancia, de que el autor se conforme con la probabilidad de la ocurrencia del resultado, caracterizaría su postura y sería por lo tanto un «elemento de la culpabilidad»: al autor le sería hecho, en razón de su «carencia de ánimo» respecto de la pretensión de validez del bien jurídico protegido un «reproche» más intenso que el que le correspondería en caso de imprudencia conciente (89).

## VI.

Harro Otto, nuestro homenajeado, ha criticado ya tempranamente una parte de los desarrollos de la teoría de la culpabilidad aquí censurados. Sería deseable que nos separáramos de una vez de la concepción dogmática que afirma que la culpabilidad delictual consiste en un disvalor de ánimo. No es solamente que tal concepción le dé un punto de apoyo a quienes afirman que la ciencia jurídico penal alemana no se

---

(88) JESCHECK/WEIGEND (nota 5), p. 300; ROXIN (nota 22), § 12 nm. 26; *el mismo*, *Festschrift für Rudolphi*, 2004, pp. 243 y 244; RUDOLPHI (nota 5), § 15 nm. 3; SCHÜNEMANN, GA 1985, pp. 341 y 364.

(89) JESCHECK/WEIGEND (nota 5), pp. 300 y 305.

ha desecho completamente de la doctrina errónea de un tiempo pasado. También se le ofrece a las nuevas generaciones de juristas una falsa imagen del derecho penal. Las concepciones confusas, según las cuales el concepto de culpabilidad ha de derivarse de la prevención general, o que debe ser complementado con ella, deberían resolverse por sí solas con el tiempo, debido a las críticas masivas a las que se enfrentan. Lo mismo debería suceder con las que sostienen que el concepto de culpabilidad es absolutamente superfluo. En lo demás, se trataría, en la presente investigación, no de ampliar la lista de conceptos de culpabilidad de la literatura con uno nuevo, sino de volver más claro el criterio, subyacente al Derecho penal, del *concepto de culpabilidad referido al injusto*.

# Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura (Cáceres)

## I. LA DEFINICIÓN LEGAL

El artículo 16. 1 CP establece que «hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» (1).

Con esta definición, el legislador de 1995 ha simplificado considerablemente la regulación de la tentativa por comparación a lo que ocurría con anterioridad a esa fecha (2), llevando a cabo una redacción muy exacta de lo que sí es su competencia que, sin embargo, deja

---

(1) Y el artículo 62, que lo complementa, dice: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

(2) En la redacción anterior del CP (de 1973) se distinguía entre tentativa y frustración y se contemplaba expresamente la tentativa inidónea: «Hay frustración cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad de aquél». «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento»: artículos 3, II y III. «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley al delito consumado». «La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito»: artículos 52, II y III. «A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito consumado»: artículo 51.

abierta la puerta para que los tribunales de Justicia y la doctrina científica la llenen de contenido y resuelvan los problemas emergentes de la práctica, sin que el legislador se inmiscuya (como no lo hace con otras categorías también genuinas de la teoría del delito, p. ej. el error) (3), conforme a la teoría del delito que se revele como la que propicia soluciones más justas y armónicas con sus propias premisas, dentro, siempre, de los amplios límites que sí establece la Ley.

La definición legal de la tentativa pivota sobre tres pilares fundamentales que deben respetarse por todas las teorías que los precisen en armonía, lógicamente, con la noción de injusto que sustenten, con la que tan imbricadas están aquéllas. Estos tres pilares son:

1.º El autor ha de haber realizado *hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente*, lo que, obviamente, excluye que la tentativa, su responsabilidad, se sustente sólo sobre la voluntad (la resolución) delictiva si ésta todavía no se ha concretado en *hechos exteriores*, como que los hechos externos realizados sólo aparezcan remotamente conectados con la *genuina realización del hecho típico*. Con este criterio, pues, se impide la ampliación del ámbito de la tentativa (punible) a costa de la preparación (por lo general impune).

2.º Los hechos exteriores, comienzo de realización del hecho típico, han de ser *objetivamente adecuados para la producción del resultado*. Con este elemento de la definición legal se alude claramente a la *causalidad*. La tentativa sólo existe cuando se ha puesto en marcha un nexo causal adecuado para la producción del resultado; lo que no tiene nada de extraño porque el tipo de los delitos de resultado (la sede por antonomasia de la tentativa) incluye también como elemento esencial la causalidad conforme a ley (4). Con este criterio, se excluyen del ámbito de la tentativa los supuestos de la denominada tentativa irreal o supersiticiosa, caracterizada, precisamente, porque en ella el autor se ha representado un nexo causal que sólo en su mente, pero no conforme al saber nomológico acuñado, es susceptible de causar el resultado.

3.º El nexo causal adecuado puesto en marcha por el autor *no ha de haber desembocado en la producción del resultado* (por causa ajena a la voluntad del autor: desistimiento), pues, de otra manera, no estaríamos ante una tentativa sino ante un delito consumado. Por tanto, si el autor ha puesto en marcha un proceso causal adecuado y, no

---

(3) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, El Derecho penal español, Parte general, 3.ª ed., 2002, VIII, p. 301.

(4) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 135.

obstante, el resultado no se ha producido, resulta que en toda tentativa hay un *error sobre la tipicidad*, sobre la causalidad, es decir, que falta la concreta causalidad a través de la cual las representaciones del autor sobre la propiedad de sus actos para modificar la realidad en la línea querida por él y prohibida por el ordenamiento jurídico pueden producir sus efectos.

## II. EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Como consecuencia de la presencia de un error en los casos de tentativa podemos ver que si tomamos el grado más avanzado de la progresión del delito previo a la consumación, nos encontramos con lo que la doctrina denomina tentativa acabada, caracterizada porque en ella el autor cree haber realizado todos los actos necesarios para que sobrevenga el resultado perseguido y, sin embargo, éste no se produce (sin que haya sido él quien lo haya impedido). Aquí resulta evidente que, como decimos, lo que el autor ha sufrido ha sido un error. *Ejemplo*: El autor ha entregado a la víctima el vaso que contiene el veneno letal y, en el momento de llevárselo ésta a la boca, se le resbala de la mano y se rompe en el suelo (5).

Desde el punto de vista del bien jurídico «vida humana», ¿qué ha ocurrido en este caso?

Sin duda no se ha producido la lesión (evidenciada en el resultado muerte). La presunta víctima de este homicidio intentado está antes, durante y después de los acontecimientos igual de viva, con tanta o tan poca salud en un momento como en los otros. No ha habido, pues, lesión del bien jurídico y, sin embargo, hay delito: un delito de homicidio en grado de tentativa. De ahí que el delito no se puede definir como lesión de un bien jurídico (6), ya que *ex definitione* en ninguna tentativa hay lesión del bien jurídico y sí delito.

Ahora bien, admitido que no ha habido lesión (esto es: una alteración del estado de cosas en el mundo exterior, por oposición a las intenciones o propósitos con los que se actúa sin llegar a modificarlo), ¿no

---

(5) De la misma forma que en la tentativa inacabada el autor sufre un error referido no a la producción definitiva del resultado, pero sí a alguno de los escalones intermedios necesarios para ello; *ejemplo*: el autor ha comenzado a suministrar dosis de veneno en escasa cuantía, para que no se note que está envenenando, pero antes de causar la muerte, un examen de rutina permite detectar que la víctima está siendo envenenada.

(6) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 14.

ha habido un peligro de lesión (entendido en el mismo sentido que la lesión: o sea, como alteración del mundo exterior que haya aumentado las posibilidades, considerablemente quizá, de que sobrevenga la efectiva lesión)?

Durante mucho tiempo, ciertamente, de manos de una concepción puramente objetiva del injusto, éste ha sido un planteamiento muy extendido en la doctrina penal sobre el concepto y fundamento, a la vez, de la punición de la tentativa, que, entre sus muchas virtualidades, se ha venido empleando para fundamentar el injusto de la tentativa de una forma objetiva (teoría objetiva de la tentativa) (*vid. infra*), en el sentido antes mencionado, de «alteración del mundo exterior».

Así pues, ¿ha habido peligro de lesión en el ejemplo considerado?

La respuesta a este interrogante, a su vez, obliga a distinguir: Si se procede a una consideración *ex post*, es decir, una que se sitúa tras el ocurrir de los acontecimientos, la respuesta ha de ser negativa: La vida de la víctima a envenenar nunca ha estado en peligro, porque la cadena causal que habría debido producir la muerte se ha roto antes de que la integridad de la víctima haya experimentado menoscabo alguno. Si se admite este razonamiento parece claro concluir que allí donde no ha habido lesión no hubo peligro alguno de lesión. Esta conclusión se puede formular igualmente en los siguientes términos (7): Para poder afirmar el peligro hay que constatar su única manifestación fidedigna que es la lesión de que va seguido.

No obstante, este planteamiento tiene actualmente todavía muchos seguidores, que entienden que siendo cierto que *ex post* ninguna tentativa ha sido peligrosa, no se excluye que, *también* «*ex post*», pueda comprobarse que la tentativa en algún momento de su realización sí fue peligrosa, frente a la que nunca lo fue, debiéndose trazar ahí la línea entre la tentativa punible y no punible: el disparo dirigido al ya cadáver nunca fue peligroso, el disparo dirigido al vivo que en última instancia esquivó ser alcanzado, sí; punibilidad del segundo caso e impunidad del primero.

En realidad, si se observa bien, esta teoría no es una de la peligrosidad *ex post* sino, más bien, de la exclusión de la *peligrosidad* «*ex post*» cuando se ha conocido un factor que hizo absolutamente imposible la consumación en algún momento, pero en ausencia del cual no podría asegurarse nunca que otro factor, desconocido, también la habría impedido (*vid. infra*). Luego por lo tanto sigue siendo necesario encontrar un fundamento a la tentativa cuya no peligrosidad aún

---

(7) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 66.

no ha sido comprobada, que la teoría de la peligrosidad *ex post* no proporciona.

Por contra, parece, a primera vista, más verosímil otra consideración de la peligrosidad que, a diferencia de la anterior, tiene muchos seguidores en la actualidad, con Mir Puig (8) como su principal exponente, la llamada peligrosidad *ex ante*.

Efectivamente, un sector de la doctrina (*vid. infra*), que está dispuesto a admitir que, *ex post*, toda tentativa se ha revelado ineficaz para representar una lesión del bien jurídico, en cuanto que el resultado lesivo no se ha producido (por la razón que sea), considera que la genuina tentativa es aquella en la que, en el momento de actuar el autor, esto es, *ex ante*, se creó un peligro de lesión que, después, no se materializó, residiendo en tal peligrosidad *ex ante* el disvalor-resultado (más exactamente: disvalor-peligro) al que se añade el disvalor-acción, constituido por el dolo de consumir el delito que, juntos, proporcionan el injusto de la tentativa, definida como la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico; con lo que se evitaría el temido *subjetivismo* de la tentativa en que, a su parecer, cae el *finalismo* cuando afirma que en la tentativa sólo se da un disvalor-acción no seguido de disvalor-resultado alguno.

El ejemplo más utilizado para demostrar la peligrosidad *ex ante* es el constituido por la tentativa de homicidio de quien se cree que reposa en la cama cuando, en realidad, la cama fue abandonada por su ocupante unos instantes antes, disparándose sobre el bulto que forma la almohada en la creencia de que se trata de la víctima. En este caso, sostiene la doctrina comentada, lo que *ex post* se mostró como tentativa inidónea, *ex ante* fue una idónea, ya que el acto pudo ser apto para lesionar el bien jurídico, para lo cual hubiera bastado que, como el autor creyó, la cama hubiese estado ocupada.

Esto, sin embargo, no es del todo exacto. Como ya se dijo, el peligro es un estado real previo al de lesión, esto es, que existe o no existe, careciendo de fundamento fijar un momento u otro (el de realizar la acción, el de la producción hipotética del resultado u otro) para determinar que se ha constatado o no el peligro. En el ejemplo considerado no cabe hablar de peligro, ni *ex post* ni *ex ante*; lo que sí ha habido, por eso es un caso de tentativa, ha sido una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha, que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad.

---

(8) Santiago MIR PUIG. Derecho penal, Parte general, 5ª ed., 1998, pp. 139 ss.; 7ª ed., 2004, p. 350.

Poco importa que el homicidio no se haya consumado porque la víctima ni siquiera ha dormido esa noche en la cama (deshecha desde el día anterior), o porque sólo unos instantes antes de la entrada del homicida la hubiese abandonado, o porque, en fin, estuviese allí y el disparo no le alcanzó, si todo ello lo ignora el autor por creer que la víctima estaba en el lugar hacia donde disparó.

*Lo decisivo son los conocimientos del autor.* Por tanto, cuando la doctrina de la peligrosidad *ex ante* habla de *peligrosidad objetiva*, sólo está aludiendo a las representaciones subjetivas del autor que, en estos casos de tentativa «inidónea», está aplicando un saber nomológico adecuado a una realidad inadecuada por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de la acción.

Esta doctrina, a la postre, no se distingue en nada, y es su formulación, en términos objetivos (juicio de adecuación), de los conocimientos que el autor ha de aplicar a la realidad para que se pueda hablar de dolo de resultado o finalidad, y que constituye el injusto o disvaloración en la concepción personal del injusto. En ese saber nomológico puesto en práctica reside la objetividad finalista que permite resolver, mejor que otras concepciones, cuándo hay injusto intentado y cuándo actos jurídicamente irrelevantes porque faltó el dolo, que abarca un nexo causal real y un objeto de ataque adecuados a finalidad.

Si se aceptan las anteriores premisas, cabe llegar a la conclusión de que, a la luz de la doctrina del injusto personal, carece de sentido distinguir (conceptualmente) entre tentativa *idónea* e *inidónea* (*vid. infra*). La tentativa, toda tentativa, se fundamenta en la aplicación de leyes causales idóneas que, debido a la imposibilidad de prever todos los acontecimientos, a veces no causan el resultado.

Claro que para ello hay que creer en la posibilidad de establecer una distinción entre *conocimiento nomológico* y *conocimiento ontológico*, lo que recientemente está siendo contundentemente cuestionado en la doctrina (*vid. infra*).

De esta manera, además, se desvirtúa otra dicotomía característica de la teoría de la tentativa como la que distingue entre *inidoneidad absoluta* y *tentativa irreal*, impunes, por un lado, e *inidoneidad relativa*, punible, por otro (*vid. infra*): Sin conocimientos de las leyes causales idóneas (dolo) no hay tentativa. Los casos de inidoneidad relativa tampoco son, en puridad, casos de tentativa, y requieren un título de imputación específico (situado en la órbita de la ampliación de la esfera de punición en el ámbito de la preparación y la tentativa para proteger adecuadamente la seguridad de los bienes jurídicos).



De todo lo anterior habrá que ocuparse en lo que sigue; pero antes hay que mencionar otro intento de fundamentación de la tentativa que desplaza su problemática desde el mundo naturalístico en que siempre ha discurrido la cuestión al plano normativo de los fines regulativos en el contexto de lo que se ha dado en llamar *normativización del derecho penal*, con Günther Jakobs como su principal exponente.

### III. LA NORMATIVIZACIÓN DE LA TENTATIVA

En su línea, de *normativizar* el sistema penal más allá del naturalismo imperante en doctrina y legislación, lo que se evidencia muy bien en esta materia de tentativa, Jakobs (9) supera la discusión reinante en torno al fundamento de punición de la tentativa con el contrapunto del delito consumado, apelando a lo que ha sido su piedra de toque del sistema penal total desde el principio: tanto se rebela contra el ordenamiento jurídico el autor del delito consumado como el del intentado. En este aspecto, no hay diferencia (Jakobs se ahorra, así, buscar una fundamentación a la tentativa).

A su vez, el límite de la responsabilidad por tentativa, lo esclarece por contraposición a la tesis subjetivista de Armin Kaufmann, para quien también la tentativa supersticiosa es punible (*vid. infra*), con un criterio objetivo de cuño socio-comunicativo: de ahí que la tentativa burdamente supersticiosa carezca de relevancia penal, pues los demás no verán condicionadas por ella sus planes vitales.

Pero, a su vez, qué sea comunicativamente relevante lo proporciona el contexto: disparar en dirección a la víctima es relevante, colocar un imán en la pared para provocar dolor de cabeza en quien escucha al otro lado del tabique, no; salvo que el contexto introduzca el caso en la tentativa: se encontró en la casa de quien quiso envenenar con un método irrisorio un libro de plantas venenosas, o volverlo a sacar: el autor del disparo en dirección a la víctima acostumbra a dar bromas tan pesadas como disparar a rozar. Etcétera.

Ante este parecer tan sugestivo de Jakobs, hay que hacer notar lo siguiente: Que tan vulneración de la fidelidad al derecho lo es la tentativa como el delito consumado, no es más que manifestación de la simetría reinante entre lo que ocurre desde la perspectiva del orde-

---

(9) *Vid.* Günther JAKOBS, Representación del autor e imputación objetiva (trad. de Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en: Günther JAKOBS, Estudios de Derecho penal (trad. de Enrique PEÑARANDA RAMOS y otros), 1997, pp. 229 ss.

namiento jurídico y lo que ocurre desde la perspectiva del destinatario de la norma. Aquí se encuentra la coherencia de un sistema lógico-funcional como el que defiende (10).

Lo mismo ocurre con el criterio objetivo de delimitación entre la tentativa inidónea e irrisoria. El criterio de Jakobs (defendido también por otros en España) (11) es mejor que el de Kaufmann, pero peor que el de Struensee, para quien sólo la causalidad adecuada a ley fundamenta la tentativa (*vid. infra*). Es más, su aplicación al contexto comunitario es una vuelta a Armin Kaufmann: Existen contextos colectivos supersticiosos. Además, el contexto fluctúa. Ni el libro de setas venenosas debe meter al sujeto en la tentativa, ni su desaprensión (bromas pesadas) sacarlo. Es preferible el criterio científico de Struensee. Claro que, para ello, hay que creer en la distinción entre conocimiento de hechos y conocimiento de leyes causales (*vid. infra*).

La cuestión del contexto para la distinción tentativa inidónea/tentativa irrisoria, que es la misma que la del dolo, de Jakobs, es una aportación capital en la teoría, y puede ser decisiva en contextos estandarizados muy propios del delito imprudente; pero de difícil inclusión en el delito doloso, donde es más difícil contextualizar (como evidencia el desafortunado ejemplo de Jakobs, del cazador acostumbrado a disparar a rozar como broma). Ocurre algo semejante a lo que ocurre con la imputación objetiva (12). En cualquier caso, es una gran aportación que dará frutos en el futuro.

El planteamiento de Jakobs es una buena manifestación del acercamiento perspectiva del autor-perspectiva del ordenamiento jurídico, de ninguna de las cuales se puede prescindir, pues se implican en un sistema lógico-funcional, en contra de lo que pretenden, innecesariamente por lo demás, los actuales normativistas, temerosos de contaminarse del naturalismo al que las ciencias penales del siglo xx deben sin embargo sus mayores logros.

---

(10) *Vid. al respecto, CUELLO CONTRERAS, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 08-01 (2006), <http://criminol.ugr.es/rcepec>.

(11) *Vid. Enrique BACIGALUPO, Principios de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., 1998, pp. 338 ss.; Luis Carlos REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, 2001.

(12) CUELLO CONTRERAS, *Aspectos sustantivos y procesales del dolo*, Cuadernos de Derecho judicial, VII, 2005, pp. 15 ss. y 30 s.; *Ambito y límites de la doctrina de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política criminal, 89, 2006, pp. 5 ss.

#### IV. LA CUESTIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

A continuación, y para reflejar el estado actual de la discusión doctrinal en torno al *fundamento de punición de la tentativa*, se pasará revista a una serie de aportaciones recientes (13), basadas en otras tantas formas diversas de fundamentar el injusto, sobre lo que al final habrá que decir algo.

##### A) Teorías de la peligrosidad objetiva *ex post*

1. González Cussac (14), que sigue a su maestro Vives Antón, defensor, junto con Cobo del Rosal, de una concepción puramente objetiva del injusto (objetiva = necesidad de constatar un resultado-peligro *ex post* para que haya siquiera tentativa) (15), la tentativa requiere «una conexión entre comportamiento y lesión o peligro», que obliga, a la postre, a comprobar «si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro» [20].— Es cierto que González Cussac distingue entre un juicio de idoneidad abstracta, que incluiría los supuestos de tentativa inidónea relativa (dosis insuficiente de veneno, p. ej.) y tentativa idónea, a las que exigirle un cierto nivel de peligrosidad (*ex ante*), siempre que supongan un comienzo de ejecución [22], y un juicio de idoneidad concreta o genuina peligrosidad, conforme al principio, por él desarrollado, de lesividad. Ahora bien, los ejemplos que utiliza para ilustrar dicha distinción muestran que, en su concepción, no cabe más noción de tentativa que la que incluye un peligro comprobado *ex post*: Sólo es de tentativa idónea el supuesto de la dosis suficiente de veneno que se le suministra a la víctima viva (peligro concreto para la vida), mientras que son de tentativa inidónea tanto el supuesto de envenenar con bicarbonato (que además es impune) como el de envenenar con una dosis insuficiente de sustancia (punible), mientras que constituye tentativa idónea (punible) el disparo a la persona viva que ésta esquiva (peligro concreto) y tentativa inidónea (pero punible) el disparo a persona viva que no

---

(13) En ningún caso exhaustiva; pero que da cuenta del interés en la materia de la ciencia penal española, a la que se limita la consideración, con exclusión pues de la fecunda doctrina alemana.

(14) José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal*, Poder judicial, 28, 1992, pp. 7 ss.

(15) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de estos autores, *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 28.

le alcanza por haber cambiado ésta su posición (peligro relativo) e inidónea (y no punible) el disparo a una persona muerta (un cadáver no puede ser soporte de un peligro para la vida).

2. Para Torío López (16), que parte también de una concepción objetiva de la tentativa, acciones cuya falta de peligrosidad se ha constatado *ex post* no constituyen tentativa, esto es, la infracción de la prohibición establecida *ex ante* [178]; «la percepción de que toda arma está cargada o de que toda víctima vive es un expediente que la teoría subjetiva» introduce subrepticamente en un sistema, como el penal, objetivo [178 s.]. Lo que no quita para que algunos casos de falta de peligrosidad, en ese sentido, merezcan punición [170. 182].— Citando un ejemplo de Feuerbach, sostiene Torío López [179] que si en un pelotón de fusilamiento unas armas están cargadas con munición real y otras con balas de fogueo, sin que ninguno de sus integrantes conozca la naturaleza de la suya, conforme al concepto material de delito, sólo habrá tentativa en la conducta de quienes dispararon con munición real, pues sólo ellos crearon un peligro comprobado *ex post*, mientras que los restantes no realizaron la acción propia de la tentativa.

3. Estas teorías, que parten del delito consumado, donde, *ex definitione*, se ha comprobado la causación de un resultado, que es manifestación de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo delictivo de resultado, sostienen que, yendo precedida toda lesión de una fase previa de peligro, como corrobora la efectiva lesión posterior (causación del resultado = resultado-lesión), cabe aislar su fase previa, que estará constituida por el resultado peligro (objetivo) a cuya causación denomina tentativa.— El principal argumento contra este intento (fallido) de fundamentar la tentativa estriba precisamente en lo que da por probado: Aplicando el criterio que maneja, que es válido, sólo que no sirve para la tentativa, lo que considera prueba de la peligrosidad constitutiva de la tentativa en realidad no es tal, sino prueba de que no está ausente aún la peligrosidad, como demuestran todos sus ejemplos (por mencionar sólo el más paradigmático: el disparo a la persona muerta sólo demuestra su falta de peligrosidad, por conocimiento de una circunstancia que impide el resultado; en ausencia de la cual nada se opone a que otra circunstancia, desconocida, también lo hubiera impedido). La única prueba de que ha habido peligro, en el sentido preconizado por la teoría objetiva, debe insistirse: plenamente compartible (*vid. supra*), es que haya sobrevenido la lesión, esto es, el delito consumado.— Por tanto, si las teorías criticadas se basan, no en la demos-

---

(16) Ángel TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, en: *Propuestas para la Reforma Penal* (JOSÉ CEREZO MIR y otros), 1992, pp. 169 ss.

tración del peligro (tal como ellas lo conciben), sino en la no demostración de la ausencia de peligro, llegarían a la absurda conclusión (desde sus propias premisas) de que el fundamento de la tentativa no estriba en el peligro de lesión sino en la no exclusión de dicho peligro, que, a mayor abundamiento, se deriva (¿de dónde si no?) del nexo causal puesto en marcha por el autor. Luego, por lo que se castiga la tentativa es por la «denostada» peligrosidad abstracta de la conducta consistente en comenzar a desarrollar la conducta típica (prohibida en atención a su peligrosidad, basada en la experiencia general).

4. En la órbita de la consideración objetiva *ex post* de la tentativa se encuentra la presentada por Serrano-Piedecosas Fernández (17), en desarrollo de lo apuntado en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (18), y para quien un derecho penal contenido [104] debe exigir peligro objetivo para los bienes jurídicos. Según Serrano-Piedecosas Fernández, el peligro penalmente relevante se acota en dos planos: En uno primero, aparece la conducta como potencialmente idónea en abstracto para lesionar el bien jurídico conforme a las valoraciones del legislador (concepto normativo de peligro) [113 ss.]; conforme al segundo, la conducta anterior ha de haber creado un estado (resultado) que permita constatar que el bien jurídico ha sido realmente puesto en peligro. Este último peligro es el característico de la tentativa [41, 43 ss., 46 ss., 83, 86 ss.]. Tras la redacción dada a la tentativa en 1995 (especialmente con la alusión al «peligro inherente al intento») (19) [48, 81], debe llegarse a la conclusión de que la tentativa inidónea, en contra de las teorías subjetivistas y de la peligrosidad objetiva *ex ante*, ha de quedar impune en nuestro derecho [137 ss.].— Comentando la SA-Zaragoza, de 24 de mayo 1996 (*vid. infra*), llega Serrano-Piedecosas Fernández a sostener [122 ss.] que, puesto que el alcance del arma con la que se intentó matar era muy inferior a la distancia a la que se encontraba la víctima, hizo bien el tribunal en considerar impune el comportamiento, bastando con la punición por tenencia ilícita de armas.— Serrano-Piedecosas Fernández dedica todo un apartado [140 ss.] a demostrar que su tesis no supone desprotección de los bienes jurídicos, dado que la peligrosidad real para el bien jurídico permite incluir ya los casos más relevantes, que no deben quedar impunes.

---

(17) José Ramón SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1998, pp. 35 ss.

(18) Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., 1999, pp. 276 ss.

(19) *Vid. supra* nota 1: (art. 62).

5. La mejor crítica al pensamiento de Serrano-Piedecasas Fernández sobre el fundamento de la tentativa la ha hecho Demetrio Crespo (20). Por varias razones. En primer lugar porque pese a partir [22] de la misma concepción del injusto que Serrano-Piedecasas Fernández y Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, y la muy parecida de Quintero Olivares, reconociendo en ella una doble componente de disvalor-acción y disvalor-resultado, pone en duda que no pueda haber ningún supuesto de tentativa sin disvalor-resultado (peligro concreto) [49, 51 s.], y lo hace, certeramente, a través de alguno de los casos de tentativa propuestos por Serrano-Piedecasas Fernández (la víctima que sabe va a ser objeto de un disparo a matar se esconde en el armario, el arma se encasquilla, la obesidad de la víctima impide que el cuchillo afecte a un órgano vital, la dosis de veneno resulta insuficiente dada la vitalidad de la víctima, etc.) en los que sin embargo difícilmente puede verse peligro alguno *ex post*. Y, en segundo lugar, es particularmente afortunada la concepción crítica de Demetrio Crespo porque no dramatiza sino que concilia, reduciendo al mínimo la preponderancia entre los aspectos *ex ante* y *ex post* en la materia, sin desvirtuarlos. Además, en tercer lugar, según él, el reconocimiento de algunas tentativas sin disvalor-resultado no amplía desmesuradamente la punición (el fantasma de los objetivistas) y siempre cabe recortar el ámbito de la tentativa a algunos grupos de delitos particularmente graves [57].

6. Quintero Olivares (21), distingue entre tentativa inidónea (lo que en terminología de Struensee constituiría causalidad putativa) y delito imposible o inidoneidad del objeto por inexistencia previa, para, a continuación descartar tanto la tentativa absolutamente inidónea como la absolutamente imposible, esta última por ausencia del disvalor-resultado constitutivo del injusto; celebrando lo que para él es un acierto del CP 1995, que, al derogar el artículo 52 a.r., deja impune ambas figuras: delito imposible y tentativa inidónea, si bien el hecho de que toda tentativa evidencia que en cierta medida el objeto o el medio elegidos han sido inidóneos, celebra poder partir de su impunidad inicial, compatible con admitir que algunas tentativas inidóneas quepan en la fórmula del artículo 16 n.r.— En suma, al parecer de Quintero Olivares, es necesario para la punibilidad por tentativa que la

---

(20) Eduardo DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, 2003.

(21) Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, 3ª ed., 2002, pp. 602 ss.

acción no sea «absolutamente ajena a la órbita del tipo»; con lo que se confirma la vía adecuada de solución del problema de la tentativa en estos casos: la acción que según el tipo no es que no sea ajena sino que es la adecuada incluso en términos restrictivos por la vocación del derecho penal a no intervenir es la que por *experiencia general* acarreará el resultado.

## B) Teorías de la peligrosidad objetiva *ex ante* desde una perspectiva interpersonal

### a) Teorías que, además, otorgan relevancia fundamentadora del injusto a la peligrosidad *ex post*

1. Baldó Lavilla (22), abundando en el concepto de injusto y de tentativa propuesto por su maestro Mir Puig, que defiende una concepción del injusto y de la tentativa basada en lo que denomina «consideración *ex ante*» (= peligrosidad de la acción para el observador objetivo, además del autor, aunque después, *ex post*, se demuestre la no peligrosidad) (23), entiende que el disparo al bulto de la cama es una tentativa inidónea, pero punible [118]. Es inidónea, porque, comprobada *ex post*, conforme a las leyes científicas conocidas (leyes científicas = parte integrante del tipo con independencia de lo que piense el observador objetivo), nunca pudo acabar con la vida de un cadáver. Pero es punible porque el observador objetivo *ex ante*, en el lugar del autor, con sus conocimientos y desconocimientos, no habría excluido tal peligrosidad, debido a que el objetivo sobre el que se dispara podría ser una persona viva, encontrándose el autor en un error sobre el tipo al revés inevitable = creencia fundada en la peligrosidad [119].

2. Esta argumentación es correcta en la conclusión, pero no en su fundamento. Es lo primero porque, ciertamente, quien es consciente, llámese autor, llámese observador objetivo en su situación, de que una determinada acción es el medio apto para causar un resultado desaprobado por el derecho, en ausencia de mejores conocimientos (¡lo que ya sería situación distinta!), debe abstenerse inmediatamente de acometerlo. Es lo segundo, porque la imputación (a título de tentativa de lo que nunca pudo causar el resultado por presencia de una circunstancia preexistente incluso al comienzo de la actuación) no se basa en la

(22) FRANCISCO BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 114 ss.

(23) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 29.



no exclusión del peligro de lesión inevitable, sino en la puesta en marcha de un nexo causal apto, conforme a las leyes causales generales, para producir el resultado, como se deduce directamente, sin necesidad de la ayuda del observador objetivo, que nada aporta a la tentativa, salvo excluir a la tentativa irreal si no la excluyese ya la propia redacción del precepto definidor de la tentativa en el CP español.

3. Por eso, es más sencilla y coherente la tesis que, desde la misma perspectiva, defiende Farré Trepát (24), que considera que el disparo al bulto de la cama, pese a su comprobación *ex post* como no peligrosa, constituye *ex ante* una tentativa idónea por la presencia del peligro (para la autora sólo la tentativa irreal constituiría una tentativa inidónea), y ello puesto que también el observador objetivo se habría representado la peligrosidad (lo que no ocurre con la tentativa irreal); cifrando, pues, el injusto de la tentativa en las representaciones subjetivas del autor, que son las del observador objetivo [275].

4. Más recientemente, siguiendo también la «consideración *ex ante*» de Mir Puig, Silva Sánchez (25), ha hecho un esfuerzo (fallido) de superación del hiato, insalvable, entre la perspectiva *ex ante*, de la que parte, con su correspondiente concepto de peligrosidad, y la perspectiva *ex post*, con su correspondiente concepto, distinto al anterior, de peligrosidad (= resultado) [125]. Para ello, prescindiendo de la distinción entre errores nomológicos y ontológicos [127], por entender que los errores ontológicos pueden tener su origen en defectos de la capacidad estimativa del sujeto, quiere sustituir la dicotomía real-putativo por la dicotomía «más putativo» = irreal y «menos putativo» = real, mediante el criterio del consenso social, menor o mayor, acerca de lo real = peligroso.— Conforme a tales premisas, concibe cuatro formas de tentativa [128 ss.]: 1. Tentativa *ex ante* peligrosa para todos, y *ex post* también, salvo para el muy experto (= muy consciente de hechos y leyes en el caso concreto). 2. Tentativa *ex ante* peligrosa para el autor y para el hombre medio en su lugar, pero no para el muy experto (en general). 3. Tentativa *ex ante* no peligrosa incluso para el hombre medio, y sí sólo para hombres con «configuración cognitivo-emocional inferior a la media». 4. Tentativa irreal: Sólo quien comparta una visión aberrante del mundo, como el autor, la estimará peligrosa. De ellas,

---

(24) Elena FARRÉ TREPAT, Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea, en: Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa (ed. Alfonso SERRANO GÓMEZ), tomo I, 1989, pp. 259 ss.

(25) Jesús María SILVA SÁNCHEZ, La regulación del *iter criminis*, en: SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 121 ss.



Silva Sánchez sólo considera constitutivas de auténticas tentativas a las del primer grupo, en tanto que las del segundo y el tercero lo serían por extensión (seguridad de los bienes jurídicos) [131].

5. Para poder llevar a cabo el experimento de Silva Sánchez: por qué en la genuina tentativa todos estarían de acuerdo en que no se sabe por qué no se ha producido el resultado [128], que es un criterio válido, entre otros, para determinar la pena de la tentativa en el artículo 62 (*vid. infra*), es imprescindible que se afirme previamente (*ex ante*) que algo, por lo general, es adecuado para causar el resultado, y sólo después susceptible de prueba de la no peligrosidad en el caso. Luego, por lo tanto, el criterio no sirve para proporcionar un concepto de tentativa.— Por lo demás, tampoco es afortunada la idea de prescindir de la distinción error de hecho-error nomológico, y menos los ejemplos aducidos para ilustrarlo. El paranoico que confunde a un árbol con su enemigo, o quien presa de los nervios cree que va a ser atacado, no dejan de responder si disparan contra un árbol creyendo que es un hombre por no haber realizado el tipo de tentativa de homicidio, sino por el estado en que se hallan (culpabilidad). Quien se encuentra en tal situación sufre un error de hecho, no nomológico, como no lo sufre quien, en la noche, cree que tiene en frente a su enemigo, tratándose de un árbol. Todos ellos lesionan la norma del homicidio, cometiendo tentativa. La persona miope que apunta en la dirección inadecuada comete tentativa (como la persona ciega que dispara en la dirección de donde proceden las voces que resultan ser una grabación magnética, circunstancia ignorada por él), y, al igual que la persona que observa un palo parcialmente introducido en el agua, lo percibe doblado pero puede corregir su percepción por saber que sólo se trata de un efecto óptico, puede aquél corregir la puntería contando con su defecto óptico.

6. Molina Fernández (26), que encuentra en la imposibilidad de distinguir nítidamente entre antijuricidad y culpabilidad la necesidad de punir la tentativa desde una consideración, además, *ex ante* entiende, no obstante, que puesto que el peligro, subjetivo además de *ex ante*, dado que no se puede prescindir de la perspectiva del autor, puede ser de mayor o menor grado, no puede ser establecido en el tipo para todos los casos en que el autor asigne un peligro a la acción que emprende, debiéndose establecer el grado de peligro inherente al intento necesario para poder hablar de tentativa punible; lo que Molina Fernández consigue utilizando el criterio de Mir Puig sobre la intersubjetividad, criterio que, además, le permite a Molina Fernández excluir la

---

(26) Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 641 s. y 679 s.

punición de la tentativa irreal y el delito putativo.— Sólo la tentativa de algo que para un observador objetivo medio en lugar del autor constituirá un peligro de que sobrevenga el resultado será tentativa idónea. Al respecto, Molina Fernández construye el siguiente ejemplo [830]: De la misma manera que quien ha creído disparar sobre una pieza de caza y ha alcanzado a otro cazador en una situación en la que el observador objetivo habría evitado el error, actúa imprudentemente (en error evitable sobre la lesión), quien ha creído disparar sobre una persona y ha alcanzado a una pieza de caza en una situación en la que un observador objetivo habría apreciado la imposibilidad del proyecto *ex ante*, lleva a cabo una tentativa impune por irreal.— Esto es así, según Molina Fernández, porque si alguien ha creído matar a una persona a la que ha confundido con un animal allí donde cualquiera habría percibido que se trataba de un animal y no de una persona, ha sido porque su atolondramiento fue tan grande que él mismo pudo darse cuenta de que el peligro que está creando es muy pequeño, muy remoto (no ha comprobado suficientemente que se trata de un hombre y no de un animal).— Por otra parte, aunque, en puridad, al parecer de Molina Fernández, no se puede distinguir entre error sobre el tipo y error de prohibición [836], a lo que no es ajeno (y consecuentemente en este autor, a diferencia de otros autores que sostienen lo mismo) que no admite la distinción última entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, sostiene Molina Fernández que incluso en los casos de las normas secundarias, donde no hay conocimiento de lo prohibido sin conocer la prohibición, es más difícil que el autor yerre sobre el disvalor social del hecho, por el aprendizaje social, a que yerre sobre su desaprobación jurídica, lo que puede justificar dejar impune el segundo caso antes que el primero [837].

7. A Molina Fernández hay que contraponerle (de forma semejante a como se hizo con Silva Sánchez) que por muy importante que sea la figura del observador objetivo en lugar del autor para calibrar si sus intentos son peligrosos, antes de eso, hay que establecer un modelo, a la medida de quien actúa en cualquier situación, para poder decir que ha querido (y creído actuando así) crear el peligro al que llamar tentativa. Siendo ésta una de las consecuencias lógicas de la premisa, acertadamente destacada por Molina Fernández en numerosos pasajes de su magna obra, según la cual no se puede prescindir inicialmente de la perspectiva del autor. Situados en esta tesitura, el experimento de Molina Fernández, que puede ser válido en la imprudencia (un amplio sector doctrinal lo maneja: infracción del deber de cuidado objetivo), no sirve para la tentativa; por la sencilla razón de que hay errores del autor que también cometería el observador objetivo. Si Molina Fer-

nández aceptara realmente la diferencia entre errores ontológicos y nomológicos, tendría que llegar a la conclusión de que los errores ontológicos cometidos por el autor también los cometería el observador objetivo; prueba de ello es la cantidad de imprudencias de hecho en las que cualquiera en cualquier momento dado puede incidir. Otra cosa ocurre con los errores nomológicos; sin que ello minimice la dificultad de la distinción (sólo que no debe prescindirse de la misma): *vid. infra*.— Por todo ello, la tentativa irreal casi nunca ofrece problemas: por las mismas razones que el hombre normalmente socializado yerra menos sobre el disvalor social del hecho que sobre la desvalorización jurídica, incluso en caso de normas secundarias, como bien dice Molina Fernández. Por su parte los casos de inidoneidad absoluta (caso que se puedan distinguir de la tentativa irreal) y relativa son los más interesantes y difíciles, precisamente por estar a caballo entre el error ontológico y el error nomológico. Finalmente, tiene que haber casos, los genuinos de tentativa imposible, que sólo contienen errores ontológicos, que no pueden quedar impunes bajo ningún concepto; citando, si se quiere, la fórmula de Molina Fernández: ¡porque cualquiera, también el observador objetivo habría incidido en el mismo error!

8. Alcácer Guirao (27), que parte: 1) de la contraposición de un modelo de Derecho penal basado en la lesión del bien jurídico a la teoría de Jakobs, de la lesión de la confianza en la vigencia de la norma jurídica [326 ss., 350 ss.], 2) de la premisa acuñada por Mir Puig, del observador objetivo *ex ante* que adopta una posición interpersonal y debe estimar la peligrosidad de la acción para que sobrevenga la lesión del bien jurídico [215 ss., 220 s., 322 s.] y 3) de que el injusto lo fundamentan un disvalor-acción y un disvalor-resultado [383 ss.], entiende que el juicio de peligrosidad del observador objetivo *ex ante* es presupuesto mínimo para que haya injusto de tentativa (al que puede sumársele la peligrosidad *ex post*, en cuyo caso el injusto es más grave, pero no se contradice con el mínimo de la tentativa basado en la peligrosidad *ex ante*) [357, 364, 457, ss.], negándose a considerar de tentativa cualquier otro caso que vaya más allá de los casos claros de peligrosidad objetiva *ex ante* para el ciudadano medio, con exclusión expresa de otros casos, para él todos subjetivistas, que se basen en conocimientos inferiores, ni siquiera como extensión de la responsabilidad por tentativa al estilo de Silva Sánchez [365], volviendo a traer a colación (por su semejanza) el caso Thyren [473], del que ya había dicho que no es delito consumado, caso de producirse el resul-

---

(27) Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del ilícito*, 2000.

tado (28), ni de tentativa, caso de no producirse, porque el observador objetivo habría considerado improbable la causación.

9. Si reducimos a un par de cuestiones básicas los muchos razonamientos brillantes que Alcácer Guirao utiliza para defender su tesis sobre el fundamento de la tentativa, nos encontramos con lo siguiente: 1. El autor dice muy claramente que para él, el injusto en un Derecho penal protector de bienes jurídicos tiene dos componentes esenciales, el disvalor-acción y el disvalor resultado. Ahora bien, puesto que la protección de los bienes jurídicos no puede limitarse a aquellos casos en que está presente el disvalor-resultado, está bien y justifica las regulaciones de derecho positivo que, excepcionalmente, caso de la tentativa, se contemple injusto sin disvalor-resultado, sin que se pueda ver en ello contradicción alguna. Pero lo que se puede afirmar desde sus premisas, exactamente lo mismo, es imperdonable que lo puedan decir otras teorías que, partiendo como él de que los derechos positivos conocen casos de sólo disvalor-acción, lo que siempre ha de estar presente para que haya injusto ha de ser el disvalor-acción. 2. Admitiendo Alcácer Guirao casos de punibilidad sin peligrosidad *ex post*, considere, no obstante, que es un error tener en cuenta la peligrosidad *ex ante* en el momento en que actúa el autor, no cualquier otro [*vid.* también 169 ss.], y tener en cuenta, por supuesto, la representación subjetiva del autor, por muy semejante que sea a la que otro habría tenido en su lugar [*vid.* también 215 ss.]. Y, puesto que según él, el de peligro es un concepto elástico y adaptable al fin del derecho penal [*vid.* también 198 ss.], entiende que, en cualquier caso, se puede negar el peligro si no sirve al fin preventivo, por no ser muy elevado el peligro (caso Thyren) (de ahí que critique a su mentor, Mir Puig que, intentando superar la cesura insuperable entre disvalor-acción y disvalor-resultado, peligro *ex ante* y peligro *ex post*, ha concebido recientemente a la tentativa inidónea como un delito de peligro abstracto) (29) [231 ss.].

Refundiendo las anteriores premisas que resumen el pensamiento de Alcácer Guirao, cabe decir: 1. Por mucha flexibilidad que se le asigne al concepto de peligro en Derecho penal, que la tiene, en cuanto al momento de su constatación, grado a partir del cual considerarlo relevante para los fines del Derecho penal y quién deba enjuiciarlo, cuando hablamos de peligro *ex ante* todos, incluido Mir Puig, menos al parecer Alcácer Guirao, nos referimos al momento anterior a la eje-

---

(28) Sobre esta construcción de ALCÁCER GUIRAO *vid.* críticamente CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 251.

(29) Santiago MIR PUIG, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*, Revista jurídica de Cataluña, 2001, pp. 691 ss.; PG<sup>7</sup>, pp. 354 s.

cución completa de la acción del autor, no después, aunque con independencia del resultado, y cuando hablamos de peligro *ex post* nos referimos a que la producción del resultado evidencia que hubo peligro. 2. Por muy objetivo que sea el juicio de peligro, y con independencia de quien lo emita: el observador objetivo, la comunidad científica, etc., los conocimientos o desconocimientos del autor en el momento de actuar jugarán un papel decisivo (perspectiva del autor). 3. Luego, por tanto, *ex ante* sólo cabe disvalor-acción, otra manifestación del primado del disvalor-acción frente al disvalor-resultado, consistente en la creación de un peligro conforme a las circunstancias existentes y conocidas entonces, a juicio del observador objetivo y del autor conforme al saber científico acuñado. La prevención de ese peligro para el bien jurídico puede fundamentar la punibilidad, que, ciertamente, se puede considerar insignificante para las necesidades de protección. Pero que no cabe la simplificación que pretende Alcácer Guirao lo prueba el caso Thyren. Nadie puede seguirle, a pesar de que es verdad, como él dice, que el peligro fue muy pequeño. Y, sin embargo, cuando se persiguió dolosamente no quedará impune: delito consumado o tentativa (30). Luego no es válido su concepto, aunque sí defendible. Lo cuestionable es que pretende haber demostrado que el único concepto válido de peligro es el defendido por él.

10. A pesar de denominar a su concepción del injusto como concepción subjetiva, inspirada en una determinada interpretación de la escuela de Bonn, concretamente Armin Kaufmann, a quien recurre constantemente, Sancinetti (31) no defiende una teoría subjetiva de la tentativa. Sólo la representación subjetiva errónea (imprudencia invertida) en la que puede caer también un «hombre razonable», que impide pueda hablarse de «burda insensatez» [177 ss.], puede constituir tentativa inidónea relativa (punible) y no tentativa irrisoria (impune) porque ya en algún aspecto es irracional [209].— En realidad, el supuesto subjetivismo de Sancinetti sólo se basa en que: 1) excluye al disvalor-resultado, manifestación de la responsabilidad por el resultado atávica, en la fundamentación del injusto; 2) asigna una importancia decisiva a la pérdida de control por parte del sujeto del curso causal que pone en marcha o tentativa acabada (*vid. infra*), lo que también es una forma de objetivismo (¡también el azar puede determinar que el intento se frustre antes!). Sancinetti es un «falso» subjetivista.

---

(30) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII, 2005, p. 28.

(31) Marcelo S. SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, 1993.

b) *Teorías que se conforman con esa peligrosidad para fundamentar el injusto*

1. En el mismo sentido que Farré Trepát, como la propia autora reconoce, Moreno-Torres Herrera (32), partiendo de la teoría de las normas [35 ss.] y de los posibles componentes del injusto (disvalor-acción y disvalor-resultado) [51 ss.], entiende que el fundamento de la tentativa, que es el mismo del injusto sin más, se basa sólo en el disvalor-acción, con exclusión del disvalor-resultado, que sólo lo gradúa; disvalor-acción que, a su vez, tiene una componente subjetiva (que a la postre se reduce al dolo) [97] y una parte objetiva, que, en el sentido de Mir Puig, evite el subjetivismo, consistiendo, al igual una vez más que en Mir Puig, en la peligrosidad objetiva *ex ante* para un observador medio en lugar del autor y con sus conocimientos [94 s., 95 ss., 98 ss.] o «peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción», a distinguir de la peligrosidad (o no peligrosidad) para el bien jurídico de la tentativa (tentativa idónea o tentativa inidónea), sólo comprobable *ex post*, pero irrelevante para el injusto (también el de la tentativa) [124 ss.], razón por la cual no hay diferencias entre tentativa idónea e inidónea en el plano del injusto, que es el mismo en ambas: peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, común a ambas [143]. Ese juicio de peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción lo emite el observador objetivo que evite los posibles despropósitos que lleven a alguien a imaginar que puede lesionar el bien jurídico [146], pero que, a la vez, no es omnisciente [161], que no sufre errores ontológicos burdos (Moreno-Torres Herrera no acepta la distinción de Struensee entre errores ontológicos y errores nomológicos) [161 ss.] y que emite un juicio de cierta peligrosidad, pues la insignificante no es suficiente. Moreno-Torres Herrera califica a su teoría, en mi terminología, como subjetivo-objetiva [235 ss., 335 ss.].— A Moreno-Torres Herrera puede objetársele lo mismo que a Molina Fernández: 1) Que el observador objetivo sólo puede corregir el concepto de tentativa, que ha de ser previo; 2) Que para distinguir dentro de ese concepto de tentativa, a elaborar dogmáticamente, entre los casos de punibilidad e impunidad, hay que acudir a la distinción error ontológico-error nomológico, clave en algunos casos (*vid. infra*).

2. Muñoz Lorente (33), siguiendo a su maestro Gómez Benítez (34), que ya había defendido una tesis original sobre la relación

---

(32) M.<sup>a</sup> Rosa MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999.

(33) José MUÑOZ LORENTE, *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, 2003, p. 227.

(34) José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, 1980, pp. 147 ss.; La realización

disvalor acción disvalor-resultado, según la cual, en contra de lo que dicen las teorías dualistas, el disvalor-resultado no es un añadido al disvalor-acción sino «la realización del peligro implícito en el desvalor de la acción (*nota bene*)», entiende [211 ss.] que «el injusto primigenio y básico» lo constituye la tentativa inidónea [215], «suficiente para que haya injusto, «por su capacidad (*ex ante*) de resultado» pese a carecer de «poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos» –de ahí que esta teoría sea tildada de subjetivista = primado del disvalor-acción que, él sólo, ya puede fundamentar el injusto, lo que otras teorías (las dualistas) niegan– lo que no es obstáculo (ésta es su peculiaridad) para que Muñoz Lorente, siguiendo a Gómez Benítez, considere que cuando además de la capacidad de resultado *ex ante*, se añade el peligro real (tentativa idónea) y la lesión (delito consumado) conectados con el inicial disvalor-acción, en tanto que la tentativa irreal se excluye por la ausencia del mero disvalor-acción, el injusto aumenta, lo que explica la diferencia de pena entre las tres categorías [228]. Gómez Benítez y Muñoz Lorente no conciben, pues, un disvalor-resultado separado del disvalor-acción.– Muñoz Lorente, de otra parte, que considera, impropriamente por lo demás, subjetivista a la tesis de Gracia Martín (*vid. infra*), dado que por poner el acento de la fundamentación de la tentativa en el sujeto, tan de tentativa es la tentativa imposible como la irrisoria, siendo así que la perspectiva del sujeto no obliga a equiparar tentativa imposible y tentativa irrisoria, le reprocha, ahora sí con razón, que pretenda distinguir *ex ante* entre tentativa peligrosa (= idónea) y tentativa no peligrosa (= inidónea), dado que *ex ante* todas las tentativas son idóneas, lo cual es correcto [30 ss.]. De la misma manera, continúa este autor, siendo válida la perspectiva intersubjetiva *ex ante* de Mir Puig, que él comparte, lo que hace de su teoría una teoría objetiva, frente a la subjetiva, en la que él engloba a todos los finalistas, por la razón antes dicha, le reprocha al mismo Mir Puig, muy acertadamente también, que pretenda resolver el problema de la tentativa idónea desde una perspectiva *ex post*, y que convierta, como recientemente ha hecho, a la tentativa inidónea en delito de peligro abstracto, con lo cual acaba dándole la razón a los «subjetivistas» [61 ss., 65] (no se explica, por lo demás, por qué entiende Muñoz Lorente que mientras que el conocimiento del hombre medio remite a una consideración *ex ante*: correcto, el subjetivo especial del autor lo haga a uno *ex post*: 69: incorrecto).– Lo único que

---

del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales, en: Enrique GIMBERNAT ORDEIG y otros (eds.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, pp. 91 ss.



ocurre es que la vía de salida al dilema de la consideración *ex ante/ex post* para la fundamentación de la tentativa inidónea, que no es otro que el de cómo entender la peligrosidad, aspecto, éste, en el que los defensores de la peligrosidad *ex post* lo que no quieren reconocer es que en la tentativa no hay peligrosidad de esa índole, y que lleva a Mir Puig a un callejón sin salida: por no querer reconocer que en la tentativa sólo hay peligrosidad *ex ante*, no jugando papel alguno el disvalor-resultado, lo que le ha llevado a intentar salvar el hiato insalvable entre consideración *ex ante* y consideración *ex post* en experimentos siempre fallidos, lo intenta resolver Muñoz Lorente [34 ss., 155, 211 ss.], siguiendo a su maestro Gomez Benítez, y partiendo de una peculiar concepción del disvalor-resultado como complemento del disvalor-acción, haciendo que el disvalor-resultado, si se produce (*ex post*) es porque ya estaba implícito y es plasmación del disvalor-acción (*post hoc ergo propter hoc*), es decir, mediante una falacia.– Reténgase, sin embargo, lo importante: *ex ante*, toda tentativa es idónea, salvo la irreal, que nadie la considera idónea.

### C) Teorías de la peligrosidad objetiva «ex ante» desde la perspectiva del autor

1. Para Gracia Martín (35), que comparte el concepto de tentativa de Cerezo Mir, quien admite, junto al injusto pleno (disvalor-acción más disvalor-resultado = delito consumado), la posibilidad de un injusto basado «sólo» en el disvalor-acción, caso de la tentativa, incluida la *ex ante* no peligrosa o inidónea, por no serlo para el observador objetivo en lugar del autor (36), tan de tentativa es la tentativa idónea, que lo es por su peligrosidad *ex ante*, como la tentativa inidónea, caracterizada, a diferencia de la anterior, por su no peligrosidad, también apreciada *ex ante* [353], estribando el fundamento de punición de esta última en que se basa en «una errónea representación de los datos ontológicos» pero con sentido social típico [351]. Gracia Martín descarta determinar la inidoneidad con criterios obtenidos *ex post* [352]: para él, p.ej., el disparo al hombre que después se ha sabido era sólo un bulto, es un supuesto de tentativa idónea, para lo que basta situarse en la perspectiva *ex ante*.

---

(35) LUIS GRACIA MARTÍN, Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (II), Actualidad penal, 18, 1994, pp. 345 ss.

(36) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 30.



2. En la misma línea se pronuncia Sola Reche (37) para quien el prototipo de la tentativa (idónea) lo proporciona la tentativa *ex ante* peligrosa, que lo es porque el autor, y el observador objetivo en su lugar, sin conocimiento de lo que ocurrirá después, la consideran capaz de causar el resultado [178]; mientras que la tentativa inidónea lo es la tentativa *ex ante* no peligrosa, porque el observador objetivo, a diferencia del autor, no la considera capaz de producir el resultado. P. ej.: Querer matar apuntando a mucha distancia de la víctima, a un maniquí, etc. [185]. Para Sola Reche, tanto la tentativa idónea como la inidónea pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 [196].

3. La argumentación de Gracia Martín y Sola Reche, como la de Cerezo Mir, de quien ambos parten, se debe compartir. *Ex ante* y desde las representaciones subjetivas del autor, tanto la tentativa idónea como inidónea encajan en el concepto de tentativa. Lo que, en cambio, no convence es la distinción que tratan de establecer entre tentativa *ex ante* peligrosa y *ex ante* no peligrosa, entre las representaciones subjetivas del autor y las del observador objetivo, que no sufra el error de hecho del autor y, por tanto, está situado ante un hecho distinto al que se enjuicia. Para que el experimento funcione, el observador objetivo *ex ante* debe situarse en la posición del autor, es decir, con sus mismos conocimientos y desconocimientos. A esa luz, disparar al bulto de la cama es un supuesto de tentativa idónea tan claro como disparar a lo que parece una persona tratándose de un maniquí o disparar en la dirección que se cree correcta tratándose de una persona miope. Todos ellos son errores de hecho que no excluyen la tentativa. Sólo mediante una consideración *ex post* resulta posible distinguir entre tentativa idónea e inidónea, peligrosa o no peligrosa en tal sentido, con independencia de que, entonces sí, se compruebe que la falta de peligrosidad preexistía incluso al momento de acometer la tentativa. Los de «tentativa *ex ante* peligrosa» son, pues, términos redundantes (podemos añadir: y los de «tentativa *ex ante* no peligrosa» contradictorios). El comportamiento típico es ya peligroso. Sólo el comportamiento peligroso, que lo es por la representación por parte del autor de circunstancias capaces de causar el resultado conforme a las leyes causales conocidas, realiza el tipo delictivo. No existe un peligro «*ex ante*» a añadir a y a comprobar junto a la realización del peligro (general) típico.

4. Detrás de la construcción de la escuela de Zaragoza está su concepción sobre la *peligrosidad de la acción*, según la cual puesto que *ex ante* sólo se encuentra la perspectiva del autor, basta la repre-

---

(37) Esteban SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, 1996.

sentación subjetiva sobre la peligrosidad para que, al menos durante un instante, se constituya un injusto de índole subjetivista, que sus defensores se apresuran a corregir inmediatamente con el criterio del hombre medio en su lugar (y con la ayuda de la distinción entre errores ontológicos y nomológicos), y explica tanto el hecho de que se le haya reprochado que no distinguen entre tentativa imposible y delito putativo (38), como que se defienda diciendo que a la postre coinciden en las conclusiones a que llega Mir Puig y su escuela (39).— En realidad, se puede construir inicialmente el injusto circunscribiéndolo a la representación subjetiva de un curso causal objetivo científicamente adecuado, con lo que se supera la falsa dicotomía objetivo-subjetivo que alienta la discusión sobre la tentativa en España, con lo que se evidencia que: 1) no es necesario ni posible concebir un injusto de manera puramente objetiva, y 2) no hay que corregir la representación subjetiva del autor con la representación de ningún otro en su lugar.

#### D) Teorías de la peligrosidad subjetiva

1. Una *teoría subjetiva* de la tentativa lo es aquella que da por válida cualquier representación del autor mediante la cual cree posible causar el resultado. Arrancando de la definición legal de tentativa del StGB alemán, que parece conformarse con eso (debido a la exclusión sólo facultativa de la punibilidad de la denominada tentativa «burdamente insensata»), muchos autores alemanes, defensores por lo demás de una concepción objetiva del injusto, intentan recortar su ámbito precisamente con criterios objetivos que apelan a las representaciones del observador objetivo, que (¡siendo también subjetivas!) devendrían decisivas.

2. Armin Kaufmann (40), incluso, fundamenta la concepción subjetiva de la tentativa en que la resolución de cometer un delito y la exteriorización de esa voluntad (inidónea) revelan que la próxima vez ese sujeto escogerá un medio idóneo, por lo que debe prevenirse su conducta [169 s.].

3. Aparte de que caben otras formas de regular la tentativa distinta a la del StGB alemán —Struensee (41), incluso, ha tratado de recor-

---

(38) Vid. ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, pp. 11 s.

(39) GRACIA MARTÍN, El «iter criminis» en el Código penal español de 1995, Cuadernos de Derecho judicial, XVII, 1996, pp. 259 ss. y 273 s.

(40) Armin KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal* (trad. de Leopoldo H. SCHIFFRIN), *Doctrina penal*, 4, 1975, pp. 159 ss.

(41) Eberhard STRUENSEE, *Dolo de causar y causalidad putativa* (trad. de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), ADP, 1990, pp. 933 ss. y 956 ss.

tar la interpretación del StGB de forma bastante convincente y viable (*vid. infra*)—, como demuestra el CP español, que bajo ningún concepto permite albergar una noción subjetiva de la tentativa, tampoco se puede decir que haya querido matar quien no se ha representado un medio idóneo para matar. Los medios idóneos para matar forman parte del tipo de homicidio del artículo 138 y los establece la ciencia mediante leyes causales. No hay ninguna necesidad de prevenir lo que no se ajusta a las leyes causales; cuestión distinta (*vid. infra*) es la de qué ocurre con conocimientos nomológicos colindantes con los de las leyes causales.

#### E) **La teoría del ataque a la vigencia de la norma común al delito consumado y la tentativa de Jakobs y su escuela**

A efectos de lo que se trata, *expresar* con el injusto la infidelidad al ordenamiento jurídico, para Jakobs (42), tan pleno injusto es el delito consumado como la tentativa. La tentativa es la errónea planificación de una lesión debido a la libertad de que dispone el sujeto de cara a la elección de la vía para la lesión del bien jurídico. Ahora bien, cuándo la errónea planificación es relevante penalmente (delito putativo) y cuándo no (tentativa) se decide con criterio objetivo, lo que hace que p. ej. la tentativa (burdamente) supersticiosa carezca de relevancia comunicativa en un contexto determinado: en el sentido de que los demás vean condicionado por ella sus planificaciones. Más allá de la exclusión de la tentativa supersticiosa, es el relato de lo planificado lo que permite diferenciar entre una planificación relevante: voy a disparar en dirección a la víctima, y otra irrelevante: colocaré un imán en la pared con el que le causaré dolor de cabeza al vecino que escucha al otro lado; con lo que se amplía el ámbito de exclusión de la tentativa, salvo que, a su vez, el contexto permita introducir el caso en ella: en casa del envenenador irrisorio se ha encontrado un libro de plantas venenosas (o, incluso, excluirla: el autor del disparo acostumbra a dar bromas pesadas).

#### F) **Teorías dualistas**

Sobre todo entre aquellos que exigen en la tentativa peligro *ex post* (*vid. supra*), como consecuencia de su concepción objetivista del injusto,

---

(42) JAKOBS, *Estudios penales*, pp. 229 ss. (*vid. supra*).

y para salvar la existencia en los Códigos penales de regulaciones positivas que no excluyen, sino todo lo contrario, la llamada tentativa imposible, e, incluso, porque se dan cuenta de la desprotección en que se puede dejar al bien jurídico en caso contrario, algunos autores sostienen que hay dos grandes clases de tentativa: la idónea *ex post* y la inidónea, que se fundamentaría como una especie de delito de peligro abstracto contra la paz social. El ejemplo paradigmático de la ciencia penal española al respecto es el de Torío López (43), partiendo (*vid. ya supra*) de un modelo puramente objetivista de injusto. En cambio, hay otro modelo de concepción dualista de la tentativa, cuyo ejemplo paradigmático en la ciencia penal española es Bustos Ramírez (44), que partiendo de la concepción del injusto que se conforma con la puesta en peligro *real* para el bien jurídico (mientras que la tentativa inidónea se fundamentaría sólo subjetivamente), estima que, constatado el peligro real pero estando ausente el resultado, la responsabilidad será por tentativa (*idónea*); y, puesto que sería perjudicial para el bien jurídico dejar impune la tentativa inidónea (con exclusión sólo de la tentativa absolutamente inidónea o irreal), ve su fundamento de punición, separado del de la anterior tentativa o genuina tentativa, en un delito contra la seguridad de los bienes jurídicos.

## V. CONCLUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Detrás de toda discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa está la cuestión del fundamento del injusto. Es más, las autodenominadas teorías objetivas de la tentativa, a las que se opondrían las teorías subjetivas, entre las que no dudan en colocar a la concepción finalista, representan un intento de salvar su propia pretensión de ver en todo injusto un disvalor-resultado exclusivo o todo lo más complementado por el disvalor-acción (con la excepción de Cerezo Mir y su escuela, que sí parten del disvalor-acción: ¡Hay al menos algún caso de responsabilidad penal pese a la ausencia del más mínimo disvalor-resultado!), confundiendo lastimosamente el disvalor-acción, a que tanta importancia le concede el *finalismo*, con la teoría subjetiva de la tentativa; y ello pese a haber procedido del *finalismo* el ataque

---

(43) TORÍO LÓPEZ, Reforma penal, pp. 169 ss.

(44) JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea, en: BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y Sistema penal*, 1987, pp. 309 ss.

más contundente a dicha concepción de la tentativa (sin duda que la interpretación de Armin Kaufmann ha podido propiciar en parte, sólo en parte, dicho equívoco).

En la tentativa no hay disvalor-resultado alguno, y, sin embargo, hay injusto. El *finalismo* explica mejor y más coherentemente que otras teorías el injusto y la tentativa, sin pérdida, por otro lado, de lo que se pretende por esas otras teorías con el disvalor-resultado, en el delito consumado, e incluso en el intentado (*vid. infra*).

La noción de tentativa de la doctrina del injusto personal garantiza: a) la relevancia que pueda tener el disvalor-resultado (a efectos de determinación de la pena) (*vid. infra*), b) un concepto unitario de injusto común al delito consumado e intentado (basado en el disvalor-acción) y c) una objetividad basada en las leyes causales (de validez general); lo que no hacen las restantes teorías; concretamente: la exclusión de la tentativa irreal (¡por vía del «observador objetivo», el «consenso social»: existen supersticiones colectivas!).

Si de poner etiquetas se trata, la teoría de la tentativa de la doctrina del injusto personal sería una teoría de la peligrosidad inherente a la acción típica (45).

## VI. LA SAP ZARAGOZA DE 24 DE MAYO 1996 COMO PIEDRA DE TOQUE DEL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA TENTATIVA (IMPOSIBLE)

Silva Sánchez (46), primero, y Gracia Martín (47), sobre todo, después, han tenido el acierto de llamar la atención sobre la SAZ de 24 de mayo 1996, que hubo de ocuparse de un caso de tentativa en el que

---

(45) No es necesario el circunloquio de CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I. Introducción, 5ª ed., 1996, p. 11, y, siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, pp. 138 s., que requieren peligrosidad de la acción además del dolo para fundamentar la objetividad de la tentativa, cuando ya la acción típica sólo la realiza una de esas características según el saber científico-natural, y que para lo único que sirve es para dar argumentos a tesis como la de Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Las imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 1.213, y Rafael ALCÁ CER GUIRAO, *El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa*, ADP, 1996-II, pp. 473 ss. y 491 ss.; *vid.* al respecto, críticamente, CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 251.

(46) *Cuestiones fundamentales*, pp. 137 s.

(47) Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995 (Comentario a la SAP Zaragoza 24-05-96), *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3, 1999, pp. 335 ss.

alguien quiso matar con un arma de fuego sumamente rudimentaria, tanto que a partir de los seis metros de distancia (la víctima estaba mucho más lejos) los proyectiles incluso sólo incidirían en el blanco de costado (o sea sin capacidad de atravesar la piel de un ser humano). La sentencia estimó inidoneidad absoluta para causar la muerte, por lo que no condenó por tentativa, conformándose con calificar los hechos de tenencia ilícita de armas (algo, como se comprenderá, kafkiano y con el sólo objeto de tranquilizar a la sociedad).

Más instructiva que la sentencia, que lo es por incidir en la idea, a la que es proclive una parte de la jurisprudencia española, de que la tentativa inidónea *ex post* ha dejado de ser punible en nuestro derecho después de 1995, son los comentarios doctrinales que ha suscitado, concretamente los de Gracia Martín, Silva Sánchez y Serrano-Piedecasas, incardinados todos ellos en diversas perspectivas de fundamentación de la tentativa, evidenciando las limitaciones de todas ellas frente a la que aquí se quiere defender.

Así, Gracia Martín, que, en el espíritu de la escuela de Zaragoza, no exige que además de la realización de una acción peligrosa ésta cree un peligro de lesión del bien jurídico (frente a la doctrina que lo exige con criterio, además *ex post* y frente a la propia SAZ, que se inspira en ella) [341, 342 ss.], sigue matizando su posición dentro de esa escuela, distanciándose ahora de Cerezo Mir [354], que extrae de la nueva regulación de la tentativa en 1995 la conclusión de que ha dejado impune la tentativa imposible (lamentando, ciertamente, la decisión legislativa), sosteniendo, Gracia Martín, que los actos que el autor se representó han de ser subsumibles en el tipo [345] (Gracia Martín prescinde ya de toda referencia a la peligrosidad de la acción, lo que no había hecho hasta ahora) [347 ss.], existan o no en la realidad: p. ej., disparo a un cadáver, estribando ahí la objetividad o sentido social típico a que apela el tipo, ése es el significado de la objetividad de que habla el artículo 16. 1, lo que hace compatible la tentativa inidónea con la regulación legal, frente a la interpretación ya aludida de Cerezo Mir, que entiende que el CP exige ahora que la acción, siempre, además de típica, sea peligrosa, lo que no ocurre con el caso Thyren (cualquier observador objetivo en lugar del autor se habría dado cuenta de que la distancia hacía muy improbable que el disparo alcanzara a la víctima), frente a lo que Gracia Martín quiere defender ahora siguiendo a Struensee [354 ss.], que tanto el caso Thyren como el de la SAZ son de tentativa, pues en ambos actuó el autor con los conocimientos de los que depende que la acción tenga el sentido típico requerido: En el caso Thyren, porque el autor se representó un curso causal adecuado aunque improbable, y en el caso de las SAZ, porque

el autor se representó una pistola preparada para disparar balas del calibre 22, desconociendo el mecanismo que lo hacía inviable a más de dos metros [352 s., 358 s.].

Silva Sánchez (48), por su parte, critica que la SAZ se basara en el criterio del peligro objetivo *ex post* (apelando al supuesto tenor literal de la nueva regulación de la tentativa en 1995); pero reconoce que, de acudir a otro criterio *ex ante*, que apelara al experto en balística, al lego, etc., volvería a determinar una muy diversa gama de conclusiones sobre la punibilidad de la tentativa en este caso [138]; crítica que también es aplicable, podríamos decir, a sus criterios de distinción entre las tentativas (*vid supra*).

Serrano-Piedecasas (49), finalmente, simpatiza con la SAZ, que armoniza con su propia concepción de la tentativa, de creación de un peligro real de lesión del bien jurídico (*vid. supra*), lo que no ocurre en el caso. Aún así, es consciente de lo arriesgado de esta concepción de la tentativa, lo que en el caso le lleva a aferrarse, como la SAZ, al burdo expediente de la tenencia de armas.

Como muestra de la «confusión de lenguas» reinante en la materia, incluso dentro de la misma escuela, como ocurre con la de Zaragoza, recientemente Sola Reche (50) está de acuerdo con Cerezo Mir en que el legislador de 1995 ha dejado impune la tentativa inidónea (aunque discrepa, a su vez, de él en cuanto que 1) considera correcto lo que ha hecho el legislador, 2) estima que no alcanza la impunidad al caso Thyren, y 3) alcanza la impunidad de la conducta no peligrosa, p. ej.: disparar a tal distancia que es imposible acertar a la víctima, lo que ya podía derivarse de la regulación de la tentativa anterior a 1995), en contra de Gracia Martín, que defiende lo contrario [781 s.]. Pero, a su vez, en contra de Cerezo Mir, no considera (como acabamos de ver) de tentativa inidónea impune al caso Thyren, coincidiendo en la conclusión con Gracia Martín, que quiere lo mismo: la punición, pero no en el fundamento, porque al parecer de Sola Reche, Gracia Martín estima que en el caso Thyren no ha habido peligrosidad y pese a ello, contradiciéndose, da racionalidad al plan del autor [782 s.]. A su vez, respecto al caso de la SAZ, estima Sola Reche que, salvo que se hubiera constatado que, por la manipulación del arma, uso anterior, etc., el autor supiese que a esa distancia el arma no es mortalmente peligrosa,

---

(48) *Cuestiones fundamentales*, p. 137.

(49) *ADP*, pp. 51, 123 y 144.

(50) *Sobre el concepto de tentativa inidónea*, en: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS (coords.), 2001, pp. 773 ss.



y como él el observador objetivo hipotético, aspectos en los que no incide la sentencia, la creencia de ambos en el poder letal del arma, da lugar a tentativa, aspecto en el que está de acuerdo con Gracia Martín, pero vuelve a discrepar de él, recordándole la incoherencia de no exigir peligrosidad de la acción [784 ss.].

No deja de ser sintomático del desconcierto doctrinal y jurisprudencial en torno a la tentativa inidónea el hecho de que la SAZ no se cuestionara el aspecto más esclarecedor del caso planteado: concretamente aquel que hace referencia a los conocimientos del autor sobre las características del arma de fuego que tenía en sus manos y con la que realizó los disparos. No basta con situarse en la perspectiva *ex post* del experto en balística. Tampoco basta con remitir a los conocimientos más generales del ciudadano medio que cree tener ante sí un arma de fuego. Ni resuelve nada el propósito que el autor tuvo en el momento de realizar los disparos sobre la víctima.

Lo importante es que el autor, y cualquier otro en su lugar, y con sus conocimientos, sería consciente de que estaba utilizando un objeto sumamente rudimentario (en comparación con un arma de fuego apta para matar a una persona a cierta distancia). Ésta es la consideración que merece esta SAZ, que al menos obligaría a reflexionar a quien no tiene prejuicios sobre el fundamento de punición de la tentativa e, inicialmente, quiere distinguir unas de otras.

No se trata ahora de pronunciarse sobre el fallo de la SAZ; pero sí de poner énfasis en el hecho de que cuando se afirma desde la concepción del injusto defendida aquí que la tentativa la constituye la puesta en marcha de un curso causal adecuado conforme a las leyes científicas, se está insistiendo en que la objetividad de la tentativa, en el plano legislativo y en el plano del destinatario de la norma, la proporciona el hecho de que el autor haya sabido representarse (subjétivamente) una situación (real) susceptible de ser transformada en el sentido no querido por el ordenamiento jurídico, conforme a leyes causales adecuadas a esa transformación también reales (= acuñadas por la comunidad científica) y representación subjetiva de la ley causal (ciertamente adaptadas a las capacidades del lego, no del experto).

En la SAZ motivo de la reflexión sobre la tentativa, lo que al menos hace dudar de que estemos ante una tentativa inidónea punible, sin partir sin embargo de una consideración *ex post*, es precisamente el hecho de que el autor sabía (en el sentido de que disponía de datos en esa dirección) que lo que tenía en sus manos era un arma muy rudimentaria para matar a esa distancia.



## VII. TENTATIVA IDÓNEA Y TENTATIVA INIDÓNEA

La doctrina científica alemana, partiendo de la regulación legal del StGB, cuyo § 22 define la tentativa como la conducta de quien inmediatamente comienza a realizar el tipo según su representación del hecho, se ha visto obligada a distinguir dos modalidades de tentativa inidónea, de las que una, la absolutamente inidónea, resulta difícil de excluir de la punición (a pesar de lo aconsejable que sería) debido a que, al parecer, aquel texto legal parte de una concepción subjetiva de la tentativa. Con buen criterio, no obstante, esa doctrina ha hecho esfuerzos denodados y fructíferos para equiparar tal modalidad de inidoneidad absoluta a la tentativa irreal. La noción subjetiva de tentativa, sin embargo, nada tiene que ver con la noción de injusto personal finalista, de donde precisamente ha provenido el ataque más contundente a la doctrina subjetiva de la tentativa.

¿Por qué es punible el disparo al bulto de la cama en que se cree que descansa un hombre? ¿Dónde reside la peligrosidad de esta acción que justifique su punición? ¿Qué distingue este caso de otros en los que tampoco se puede producir el resultado típico y, sin embargo, no se punen? Evidentemente no en el peligro para el bien jurídico, inexistente en todos ellos. La diferencia estriba en que, en el ejemplo, el autor se ha representado y ha ejecutado (dolo) un proceso causal adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos (vid. *infra*) de «causalidad putativa».

Al concepto de tentativa es inherente que el autor aplique un saber nomológico adecuado sobre la causalidad a una realidad sobre cuyas circunstancias yerra. El autor de la tentativa posee el saber nomológico requerido por el tipo (de no ser así no llevaría a cabo una tentativa de delito, punible, sino un delito putativo, impune) (vid. *infra*), pero carece del necesario saber fáctico para consumar el delito. Por eso hay en toda tentativa un error de hecho: la cama que el autor cree ocupada por la víctima, por eso dispara, está vacía. Por eso cabe hablar en estos casos de tentativa imposible, pero adecuada a la causalidad, dándose el elemento esencial del injusto, el disvalor-acción, o lo que es lo mismo: el dolo de hecho dirigido a la realización de todas las circunstancias requeridas por los elementos del tipo. Si el autor se ha representado circunstancias que subsume adecuadamente en el tipo objetivo como susceptibles de producir el resultado típico, se dará el injusto, sancionándose como tentativa ese comportamiento a pesar de que no ha llegado a lesionar ni poner en peligro el bien jurídico; aunque no se haya producido, pues, el resultado. El injusto de la tentativa, a diferen-

cia de lo que ocurre en el delito consumado, radica únicamente en el disvalor-acción.

Partiendo, precisamente, de la causalidad como elemento del tipo, que obliga a comprobar si el dolo del autor abarcó circunstancias idóneas para, conforme a una ley causal válida, producir el resultado, distingue Eberhard Struensee (51) los casos que él denomina de *causalidad putativa* frente a los casos de *causalidad idónea*, para poner de relieve que los primeros (en contra de la teoría subjetiva de la tentativa) nunca dan lugar a tentativa, porque si bien el autor creyó que podía causar el resultado, era a través de una ley causal inexistente; y ello tanto si la inidoneidad causal es *absoluta* (matar mediate conjuros) o sólo *relativa* (matar mediante una dosis insuficiente de veneno). Por contra, aquellos otros casos en los que lo que el autor sufre es un error sobre las circunstancias fácticas (el autor se ha representado perfectamente el efecto letal del veneno que quiere emplear pero, al confundir el recipiente donde se encuentra con otro situado a su lado que contiene una sustancia inocua, no ha logrado envenenar a la víctima), es decir, aplicando correctamente una ley causal válida (matar con veneno letal), causalidad idónea, sí darán lugar a responsabilidad penal por tentativa.

De admitirse las premisas de que parte Struensee, resultará que muchos casos que la doctrina mayoritaria sólo logra excluir del ámbito de la tentativa (tentativa irreal) mediante difíciles circunloquios (derivados en buena medida de la regulación legal alemana), se excluyen fácilmente si se consideran casos de causalidad putativa (matar mediante conjuros), mientras que otros, los de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno), necesitan un fundamento específico de punición.

¿Qué ocurre en el derecho español?

El Derecho penal español nunca ha sido un Derecho penal subjetivista (antes al contrario, si de algo ha pecado ha sido de un excesivo apego al resultado). Nunca ha cabido plantear en su seno la punición del intento de matar mediante conjuros o a seres inexistentes como el unicornio (vulneración de la Ley de Caza). No era esa la inidoneidad en la que pensaba el artículo 52.II.a).r) («imposibilidad de ejecución o de producción del delito»). Pero el derecho español tampoco ha sido un Derecho penal puramente objetivista, en el sentido de la peligrosidad *ex post*, como lo muestra el hecho de que siempre haya castigado la tentativa.

La punición de la tentativa avala la doctrina del injusto personal. Tampoco la tentativa «relativamente inidónea» (dosis insuficiente de

---

(51) ADP, 1990, pp. 942 ss. *Vid.* respecto al pensamiento de este autor sobre este aspecto crucial de la tentativa CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 33.

veneno) está necesariamente incluida en el concepto de tentativa (ni en la a. r., art. 52.II, donde la «imposibilidad de ejecución o producción del delito» nombraba expresamente supuestos de tentativa inidónea *anteriores al comienzo de ejecución del hecho delictivo*, pero de causalidad idónea; ni mucho menos en la n. r., donde si alguna función cumplen los términos «actos que objetivamente debieran producir el resultado» es la de exigir causalidad idónea, no putativa), y habrá que buscarle un fundamento de punición específico que no pase por forzar el concepto de tentativa (probablemente el mismo que justifica la ampliación de lo punible a algunos casos de preparación del delito y a la tentativa inacabada) (*vid. infra*).

En cambio, la tentativa imposible era objeto de punición expresa en la a. r. (art. 52.II) y es objeto de punición implícita en la n. r. (art. 62 «peligro inherente al intento»), porque que la imposibilidad de consumación del delito surja antes de comenzar a actuar el autor o después es fruto del azar, o imposibilidad de prever todos los detalles del curso causal, y porque sería desaconsejable conforme al fundamento de punición de la tentativa dejar impune a quien ha tenido la suerte de que la víctima abandonase la cama instantes antes de producirse el disparo. Todo ello, claro está, sobre la base de la concurrencia de todos los elementos que sí son constitutivos de la tentativa (el disvalor-acción).

## VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE CONOCIMIENTO ONTOLÓGICO Y CONOCIMIENTO NOMOLÓGICO

Con motivo de la propuesta de Struensee, de utilizar para la distinción entre tentativa imposible y tentativa irreal la vieja distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, un amplio sector doctrinal ha recuperado y abundado en las críticas que se hicieron en su día a ese intento de distinción, a su parecer fallido. En este sentido, los argumentos que se esgrimen para corroborarlo, acompañados de ejemplos gráficos, pueden reducirse, simplificando mucho una cuestión compleja, a estos dos: La distinción es inviable, dado que detrás de cada cuestión fáctica hay una cuestión nomológica, no pudiéndose explicar la una separada de la otra, o bien siendo viable, o si lo fuera, es sin embargo inútil para el fin propugnado, distinguir entre tentativa inidónea e irrisoria, no comprendiéndose que todo error ontológico, por craso que sea, dé lugar a tentativa inidónea punible, mientras que el error nomológico no craso dé lugar a tentativa irrisoria impune. En su lugar, esta doctrina sostiene criterios de distinción entre tentati-

va imposible e irrisoria que, con matices y fórmulas heurísticas distintas, remiten todas al criterio dominante de la intersubjetividad, según el cual con independencia de que el error sufrido sea ontológico o nomológico, si se cree en la posibilidad de distinguir, lo importante es si constituye un error en el que habría caído cualquier otro en su lugar, en cuyo caso habría tentativa imposible, o no, en cuyo caso la tentativa sería irrisoria.

1. El primero en ocuparse en España de esta cuestión ha sido Sancinetti (52), para quien no se explica porqué haya de ser punible el intento de envenenamiento con una sustancia inocua en la dosis suficiente para matar si hubiese sido, como el autor creyó, arsénico, y no haya de serlo el autor que suministró arsénico, sabiéndolo, en la dosis casi necesaria para haber matado [187]. En contraposición a esta forma de intentar distinguir la tentativa imposible de la tentativa irreal, incluida la tentativa irreal que Struensee quiere reintroducir en la punición por tentativa, procede Sancinetti a distinguir entre tentativa inidónea, o la de aquél que bajo ningún aspecto lleva a cabo un proyecto burdamente insensato, explicándose su fracaso como producto de lo que él llama una «imprudencia invertida», en la que cualquier persona razonable puede incurrir, y tentativa irrisoria, burdamente insensata en la terminología del StGB, cuando sea irracional en algún aspecto, aunque por lo demás contenga un comportamiento razonable [193 s., 201 ss.].

2. También se ha ocupado ampliamente de la cuestión Molina Fernández (53), que parte de la premisa según la cual: 1) cabe distinguir, como pretende Struensee, entre errores nomológicos y errores ontológicos, y además, con el mismo significado y función, o muy próximos, que aquél le asigna a la distinción; 2) pero, sin embargo, todas las tentativas, idóneas, inidóneas e irrisorias, cumplen los requisitos que invitan a prevenir su realización (ello es así porque para Molina Fernández, a la hora de acuñar el concepto de antijuricidad penal no se puede prescindir, inicialmente, de las representaciones subjetivas del autor, a corregir después objetivamente) (*vid. supra*), pues en todas ellas hay alguien, al menos el autor (y todos quienes creen en la misma superstición), que la cree adecuada, que es lo que precisamente le lleva a considerar inútil la distinción de Struensee [819 ss.]; Molina Fernández, como decimos, partiendo de estas premisas, entiende que, de la misma manera que el homicidio imprudente se basa en que, *como el propio autor imprudente sabe*, si hubiese sido

---

(52) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 177 ss.

(53) *Antijuricidad penal y sistema del delito*, pp. 810 ss. y 816 ss.

más cuidadoso se habría dado cuenta de que lo que tiene enfrente es una persona y no un animal, la punición de quien ha creído matar a un hombre cuando ha matado a un animal (allí donde cualquier otro en su lugar se habría percatado de que no se trataba de un hombre sino de un animal) sólo puede basarse en un burdo error que incluso desde su percepción sólo entraña un pequeño peligro (en el sentido de que él mismo puede percatarse de que por prestar tan escasa atención está creando sólo un peligro muy remoto de que lo alcanzado será [con seguridad] un hombre), que unido a la falta de resultado (que hace impune en la imprudencia el caso inverso antes aludido) justifica la impunidad de la tentativa irrisoria. El conocimiento supersticioso siempre es muy difuso [829 ss.].

3. Por su parte, finalmente, según Alcácer Guirao (54), ni se pueden distinguir ambos errores, ni, como consecuencia, se pueden delimitar en la práctica (si el sujeto cree poder matar con aspirina hervida en agua destilada, sufre un error nomológico, pero si cree que al hervirla la aspirina se convierte en arsénico, entonces el error es ontológico); de ahí la flexibilidad que propugnan sus defensores (intentar derribar una puerta con un ariete demasiado ligero, puede interpretarse como error ontológico, si se considera por separado la robustez de la puerta o la ligereza del ariete, o como nomológico, si se piensa en la cantidad de fuerza necesaria para derribar una puerta de ese grosor) y que se favorezca al autor calculador (quien quiso envenenar con siete gotas del veneno, cuando eran precisas diez para matar, sufre un error nomológico, quien no calculó las gotas necesarias sufre un error ontológico). Más importante que la artificialidad de la distinción es que excluya de la punición por tentativa casos que no deben excluirse y que no excluya casos que no la merecen. Ejemplos de lo primero son el del experto que puede saber que una cantidad de explosivo estratégicamente colocada puede causar más daño del que creería el hombre medio y el llamado doble error: el autor emplea munición inadecuada para traspasar un cristal blindado, pero suficiente para atravesar otro no blindado. Ejemplo de lo segundo son los casos que precisamente los partidarios de la distinción quieren volver a introducir en la punición por tentativa por tratarse de casos de no burda insensatez; siendo de destacar el argumento que aduce Alcácer Guirao para ello: en realidad, a su parecer, con el criterio subjetivo que está detrás de la distinción, son estos errores ontológicos (la mujer que se cree embarazada por un beso toma un abortivo) si se parte de prestar atención a lo que el sujeto se representa

---

(54) *Tentativa inidónea*, pp. 92 ss.

desde una posición muy estática de la representación (la que se tenga, y no cómo se ha llegado a ella) [98].

Ante pronunciamientos críticos tan profundos sobre la imposibilidad de distinguir entre conocimiento ontológico y nomológico, ha de decirse lo siguiente: Es cierto, como sostienen los críticos de la distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, que detrás de todo conocimiento ontológico hay un caudal de conocimiento nomológico, de manera que en el plano abstracto no cabe distinguir entre uno y otro. No hay algo así como «conocimiento de la realidad» y «conocimiento de las leyes que regulan la realidad». Ambos conocimientos forman una unidad. Ahora bien, si encontrásemos un plano en el que la realidad apareciera como susceptible de transformación para el hombre, precisamente aplicando los conocimientos que de la misma realidad ya tiene, quizá podría separarse provisionalmente la distinción buscada, supuesto que fuese útil para algún fin. Ambas cosas pueden hallarse en Derecho penal.

Conocimiento ontológico, conforme a este enfoque, sería el requerido por los tipos delictivos para su desarrollo por alguien. Al tipo de homicidio, p. ej., sin duda pertenece la exigencia de que el autor quiera hacer algo concerniente a una persona humana viva. Qué es una persona humana viva, dirán los críticos de la distinción, incluye conocimiento nomológico. Lo cual es cierto. Sin ese conocimiento nomológico no puede afirmarse el conocimiento requerido que aquí hemos llamado ontológico: quien cree que su enemigo se ha convertido en la foca que tiene enfrente no dispone del conocimiento sobre «persona humana viva» requerido por el tipo de homicidio. Ahora bien, esto no es incompatible con la admisión de que o se tiene ese conocimiento, con lo cual se tiene el conocimiento requerido por el tipo de injusto y se puede cometer el delito, dependiendo de factores ulteriores que se quede en fase de tentativa o evolucione hasta la consumación, o no se tiene, con lo que sólo se puede cometer un delito putativo o una tentativa irrisoria. Quien dice lo anterior sobre el objeto idóneo o putativo del delito, podrá decir lo propio de la causalidad, idónea o putativa. En conclusión: Llamamos conocimiento ontológico al que siendo idóneo además estuvo presente en el momento de actuar el autor transformando la realidad. A un conocimiento así constituido ha aludido siempre Struensee cuando, siguiendo a Armin Kaufmann, ha sostenido que las leyes causales forman parte de los tipos delictivos de resultado (55).

Por otra parte, los críticos de la distinción conocimiento ontológico-conocimiento nomológico, le reprochan a Struensee lo pronto que

---

(55) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 138.

expulsa del Derecho penal al conocimiento nomológico, para después volverlo a recoger ampliando *extra legem* la tentativa. Lo importante no es que la dosis necesaria para matar sea trece y no doce y medio, ni el alcance del arma setenta metros y no setenta y cinco, sino que también otro en su lugar habría considerado muy peligroso disparar o envenenar en esas circunstancias. También determinados errores nomológicos deben permanecer en el Derecho penal. Ahora bien, siendo cierto que el autor que ha sufrido un pequeño error nomológico debe permanecer abarcado por el Derecho penal, ello no quiere decir que su error tenga que ser medido por los mismos parámetros del error al que hemos denominado ontológico. Por la sencilla razón de que posee el suficiente conocimiento ontológico en el sentido del que aquí hemos partido: Quien sabe que el arma con que dispara tiene un alcance de setenta metros y dispara a un objetivo situado a setenta y cinco, dispone del conocimiento ontológico suficiente para actuar con dolo. Por la misma razón, lo hará quien ignora que el alcance es de sólo setenta metros porque cree que es mayor.

Se explica así la fórmula de Sancinetti para resolver el problema de la distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal o burdamente insensata: En la tentativa inidónea el autor sufre un error en el que podría haber incurrido cualquiera. Los únicos errores en que puede incidir cualquiera, y frecuentemente incidirá (no siempre con consecuencias penales, pero sí en los más diversos ámbitos), son aquellos que se derivan de lo limitado del conocimiento humano sobre los múltiples factores que influyen en cualquier acontecimiento (de lo que el desvío entre la tentativa y la consumación respecto a la forma concreta de producción del resultado da buena cuenta). En la tentativa irrisoria o delito putativo, lo intentado es en algún aspecto, no en los otros, irrisorio.

Como, asimismo, se explica de este modo que no pueda ser un criterio válido de distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal, el propuesto por Molina Fernández, para quien es irrisorio el error en que no habría caído el hombre medio, pues el hombre medio, por lo que a errores ontológicos se refiere no es inmune nunca, como lo prueba el hecho de que nadie es inmune a la imprudencia de hecho. Para lo que sí sirve el criterio, aunque es mejor el científico, es para los errores nomológicos: no es fácil que cualquiera sufra un error nomológico craso.

Se explica así, finalmente, la necesidad de tener en cuenta la representación que se tenga en el momento de actuar y no el cómo se ha llegado a ella, que preocupa a Alcácer Guirao, como asimismo que los casos de doble error no dejen de constituir un caso de error ontológico y la flexibilidad que admite el tratamiento de los errores nomológicos



frente a los ontológicos, que toda la vida han excluido la responsabilidad por delito doloso, aún en el caso de mediar negligencia.

En suma. Es superable la polémica entablada: Error ontológico es el que puede sufrir cualquiera pese al conocimiento nomológico adecuado. Conocimiento nomológico es el que habiéndolo de tener todo aquel que acomete un comportamiento típico (si no, no puede siquiera comenzar a realizar el tipo: las leyes causales forman parte de los tipos de resultado), puede llevar a un error en el mismo sujeto que lo aplica, de mayor o menor relevancia a efectos de punición: la tentativa irrisoria se basa siempre en un craso error nomológico.

¿Para que sirve esta distinción en Derecho penal? Pues para hacer que se cumpla la armonía que debe reinar entre la perspectiva del ordenamiento jurídico y la perspectiva del destinatario de la norma jurídica (56). Nadie domina todos los nexos causales que están presentes en un acontecimiento. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene que partir de la representación que de la realidad tiene el destinatario de la norma. Sin situarnos en su posición, con sus conocimientos y desconocimientos, la norma no es capaz de motivar a nadie. Lo que ese sujeto haga para transformar la realidad, en cambio, puede ser valorado por el derecho atendiendo a los conocimientos nomológicos sobre cómo hacerlo que pueda tener o no tener, pues salvo el insensato todo el mundo sabe que no hay leyes causales exactas: quien cree que el arma de fuego tiene veinte metros cuando realmente tiene veinticinco, contó con la posibilidad de alcanzar la víctima, pudo motivarse a dejar de disparar por miedo a matar a una persona. Quien ha confundido negligentemente a la víctima con una pieza de caza, no.

#### IX. TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO. LA CUESTIÓN DE LA IDONEIDAD DEL SUJETO. LA TENTATIVA IRREAL O SUPERSTICIOSA

En la medida en que la tentativa es comienzo de realización del tipo delictivo, no consumado [por ausencia bien del resultado a pesar de haberse realizado todos los restantes elementos capaces de dar un delito completo (congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo) (tentativa acabada) bien de algún acto anterior al último, después del cual el resultado sobrevendrá por sí mismo con presencia también de

---

(56) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), pp. 1 ss.



los restantes elementos típicos (tentativa inacabada)] (57), y en la medida en que toda tentativa es inidónea, dada la imposibilidad de producción del resultado, se suele especificar [el art. 52.II.a).r) lo hacía expresamente] que la inidoneidad de la tentativa puede estribar en la inidoneidad del *objeto* o en la inidoneidad del *medio* (pudiendo estar presentes ambos a la vez).— *Ejemplos*: El autor realiza un disparo a la cama vacía en la creencia de que está ocupada (inidoneidad del objeto: inexistente).— El autor realiza un disparo a la cama ocupada, pero el arma no funciona porque se encasquilla (inidoneidad del medio).— El autor realiza un disparo a la cama que está vacía encasquillándosele el arma (inidoneidad del medio y del objeto).

De la tentativa inidónea o *imposible*, de inidoneidad del medio o del objeto, debe distinguirse la denominada inidoneidad del *sujeto*, caracterizada porque en ella el error del autor versa sobre una cualidad de la autoría que él cree concurre en su persona, sin que sea el caso.— *Ejemplo*: Un árbitro de fútbol que pita un penalty inexistente para beneficiar al equipo de sus simpatías, cree haber cometido un delito de prevaricación (art. 446) dado que al fin y al cabo se trata de un «juez».

Puesto que sobre el autor inidóneo no pende deber alguno de evitar la conducta bajo amenaza penal, el error que sufre no es un error sobre la tipicidad sino de prohibición (él cree que el comportamiento que realiza está prohibido, lo que no es el caso). Por lo tanto, no lleva a cabo una conducta de tentativa sino lo que se denomina (*vid. infra*) un *delito putativo* o *error de prohibición invertido o al revés* (consistente no en que el autor del delito crea que su comportamiento no está prohibido: error de prohibición directo, sino en que cree que está prohibido un comportamiento que no lo está realmente). Por tanto, el autor inidóneo no lleva a cabo una tentativa inidónea (punible) sino un comportamiento penalmente irrelevante, no susceptible de convertirse en relevante penalmente por la simple creencia del autor. Por eso se habla también, para referirse a estos casos, de *delito imaginario*. El tratamiento penal del sujeto inidóneo comienza a ser objeto de una nueva discusión.

Sáinz de Robles (58) combate muy bien la tesis de los defensores de la tentativa de autor inidóneo (Bruns) [622], del error sobre el tipo al revés, que sería una *petitio principii* (Welzel, Jakobs) [626], soste-

---

(57) Limitando la cuestión a la genuina de la tentativa en los delitos de resultado, o ausencia del resultado típico.

(58) Celia SÁINZ DE ROBLES, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, en: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain* (comps. José Luis de la CUESTA y otros), 1989, pp. 621 ss.

niendo muy certeramente que si la tentativa inidónea por inidoneidad del medio o del objeto es un error del tipo al revés, es también algo más [625], es el producto de comprobar el estado de cosas existente antes y después de actuar el autor: si el peligro (como quiera que se conciba el peligro a estos efectos *ex ante*) que se representó desencadenar el autor no ha causado el resultado *ex post* ni, como se comprueba después, pudo producirlo nunca (por inidoneidad del medio o del objeto desconocido *ex ante*), la tentativa es inidónea, e idónea en caso contrario; todo ello basado en la experiencia y la ciencia [631 s.]. Nada de eso ocurre con la «tentativa» de autor inidóneo. En los delitos especiales [626 ss.], la cualidad de la autoría acota el círculo de quienes, además, si lesionan el bien jurídico (no hay delitos basados en puros y exclusivos deberes jurídicos), y esa acotación se realiza con criterio normativo [632], habrá delito aún en grado de tentativa.

Alcácer Guirao (59), por el contrario, después de criticar a la doctrina dominante, proclive a distinguir entre tentativa imposible por inidoneidad del medio o el objeto, punible, y «tentativa» imposible por inidoneidad del sujeto, que no será punible por no constituir siquiera tentativa y sí un supuesto de ausencia de tipo, siendo así que, como está aceptado generalmente y el propio Alcácer Guirao ha demostrado concienzudamente aquí [18 ss., 24 ss., 28] y en su libro sobre la tentativa imposible, la teoría de la ausencia de tipo está ya superada, siendo eso: aplicarla, lo que hacen autores, como Frisch en Alemania, y Sáinz de Robles en España: circunscribir la tentativa al error sobre los elementos relacionados con el curso causal, en tanto que el error sobre los restantes elementos remitiría al delito putativo (diverso tratamiento del error sobre el tipo al revés), por considerar que no cabe admitir mayor o menor probabilidad de que se realice el tipo respecto a elementos relacionados con el proceso causal y negarlo, en cambio, respecto a otros elementos del tipo como la edad de la víctima o la cualidad de funcionario [28 ss.], llega a la conclusión de que no debe distinguirse entre el tratamiento de uno u otro elemento del tipo, y menos aún acudir a la superada teoría de la falta de tipo para excluir artificialmente de la punición por tentativa a la de autor inidóneo [33 s.].— A continuación, pasa revista Alcácer Guirao a opiniones, como la de Roxin, que, sin distinguir entre unos y otros elementos del tipo, todos tienen en común el habérselos debido representar el dolo del autor y todos, por tanto, pueden dar lugar a un error del tipo al revés, sin embargo niega la tentativa de autor inidóneo con argumentos derivados de la teoría del delito especial [34 ss.], de cuya natu-

---

(59) Rafael ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC, 7, 2001, pp. 11 ss.

raleza, pese a lo obscura que todavía es la discusión, deduce la mayoría de la doctrina que por basarse en la contemplación de la lesión del bien jurídico desde una posición especial de deber, parece claro que no puede contemplarse la tentativa de quien no posee esa cualidad especial; postura frente a la que Alcácer Guirao sostiene que si *ex ante* cualquiera habría caído en el mismo error al revés que el funcionario, que creía serlo y no lo es, no existe razón para excluir la punición de una tentativa de autor inidóneo.— Y, puesto que no cabe argumentar en contra de la punición de estos casos desde puntos de vista relacionados con las ideas de merecimiento y necesidad de pena y la redacción del CP de 1995 ha prescindido de la referencia expresa a la imposibilidad del objeto y el medio como únicos supuestos de tentativa imposible punible, aboga Alcácer Guirao por considerarla punible en el CP vigente.

A Alcácer Guirao cuyo mérito de haber planteado esta espinosa cuestión no cabe negar, hay que oponerle, sin embargo lo que, en la misma línea que Sáinz de Robles, dice Gladys V. Romero (60), en palabras que merece la pena transcribir: «Aun cuando se admita que desde el punto de vista del tipo objetivo, todas las condiciones son “equivalentes”, sin embargo, de esto no puede obtenerse como consecuencia que también para el dolo serían iguales la totalidad de las características del tipo. Como ya hemos visto, sólo las circunstancias de hecho, es decir, referentes a la acción, deben ser alcanzadas por el dolo. En cambio, las características del autor, por ser especiales elementos de la antijuricidad, no requieren ser alcanzadas por el dolo del tipo».— Ciertamente, no cabe decir ya que los elementos de la autoría no forman parte del tipo (no existen tipos abiertos) (61). Ahora bien, ello no quiere decir que el tratamiento del error sobre los elementos del tipo haya de ser en todos los casos el mismo; siendo ahí donde sin representación de un curso causal ni siquiera cabe empezar a hablar de tentativa; de la misma forma que es perfectamente posible y asumible, más que la igualación indiferenciada de todos los elementos del tipo que pretende Alcácer Guirao, que para comenzar a hablar de tentativa además de la representación de un curso causal adecuado sea necesaria una determinada cualidad de la autoría.

Puesto que el autor inidóneo no puede realizar el tipo delictivo, no puede tampoco comenzar la ejecución característica de la tentativa.

---

(60) Gladys V. ROMERO, La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Prof. Jiménez de Asúa* (ed. Mariano JIMÉNEZ HUERTA y otros), 1970, pp. 233 ss. y 239.

(61) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 40.

Lo mismo cabe decir de los restantes elementos del tipo que han de existir desde el comienzo de la ejecución: El problema fundamental en este aspecto lo representan los *elementos normativos* (62), caracterizados como es sabido por el hecho de que, en ellos, el autor ha de proceder a una correcta, aunque no técnica (saber profano), subsunción de los hechos que realiza en las valoraciones del legislador. La cuestión que se plantea es la de si comete tentativa el autor que no subsume correctamente los hechos en la valoración por no haber alcanzado el conocimiento de lego requerido.

El criterio para dilucidar este dilema depende decisivamente de que el autor se haya representado correctamente el significado de la prohibición. Cuando el autor se ha representado correctamente dicho significado, estribando su error en la creencia de que existe un hecho, inexistente en la realidad, que de existir daría lugar a la plena realización del hecho punible, su conducta será de tentativa. Cuando, en cambio, el autor crea que un hecho de la realidad, que se ha representado correctamente, es subsumible en el tipo, sin serlo, estaremos en presencia de un delito putativo (impune).

*Ejemplos:* El deudor tributario que se ha representado estar incurso en un hecho impositivo, que, de existir, habría dado lugar a una deuda tributaria, ha cometido el delito fiscal del art. 305 en grado de tentativa.— El deudor tributario que ha creído, erróneamente, que determinados hechos están sometidos a tributación, sin estarlo, ha cometido un delito putativo (impune).

A esta figura del delito putativo puede reconducirse, finalmente, el supuesto de la *tentativa irreal o supersticiosa*, que, por tanto, no es un supuesto de tentativa (punible). En efecto, en la medida en que en ella el autor se ha representado una ley causal absolutamente apartada de lo que la experiencia general más elemental dice que puede ser la forma de causar un resultado, puede entenderse que su autor no ha comprendido para nada el significado de la prohibición que, p. ej., en el homicidio es inescindible de las formas posibles (racionalmente) de matar a un hombre. De ahí que se hable en estos casos de *tentativa irrisoria*, con lo que se pone gráficamente de relieve que resulta innecesario punirla porque la comunidad no se ve afectada ni tiene necesidad de reaccionar (fines de la pena) frente a semejante forma de «atentar» contra los bienes jurídicos.— *Ejemplo:* Intentar matar mediante conjuros, suministrando té a un bebé o mediante una dosis irrisoria de veneno.

En cambio, y por las mismas razones que llevan a punir otros casos periféricos a lo lógica y necesariamente punible, los supuestos deno-

---

(62) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 104.

minados de *inidoneidad relativa*, submodalidad, como ya se vio, de la causalidad putativa, inadecuada al juicio de causalidad cuya representación forma parte del dolo de tentativa, por esas mismas razones (proximidad a la causalidad adecuada y necesidad de reaccionar contra lo periférico pero próximo a lo punible), deben ser objeto de punición, al menos en los casos más graves.— *Ejemplo*: Intentar matar mediante una dosis de veneno no irrisoria pero sí insuficiente.

En el CP español, que no lo contempla expresamente (más bien parte de lo contrario), la única forma de perseguir estos hechos pasa por una interpretación extensiva en perjuicio del reo, algo que, aunque con cautelas, no está prohibido cuando se trata de preceptos de la PG (63).

## X. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA

Del artículo 16. 1 2 (64) se deriva que el CP, aunque no les asigne nombre propio, distingue entre lo que la doctrina conoce como tentativa acabada y tentativa inacabada. Hay *tentativa acabada* cuando el «sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *todos los actos* que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».— Hay *tentativa inacabada* cuando el «sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *parte de los actos* que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» (65).— A su vez, a los

---

(63) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, V, p. 10.

(64) «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta»: artículo 16.2. El artículo 16.1 está transcrito en la nota 1 (*vid. supra*).

(65) ¿Es lo mismo frustración que tentativa acabada?, En contra de lo que sostiene una abrumadora mayoría de la doctrina española (excepción: MIR PUIG, PG<sup>7</sup>, p. 349; ya antes, en: Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de Derecho penal, trad. de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, volumen II, 1981, p. 751), que equipara tentativa inacabada/tentativa y tentativa acabada/frustración, en los Códigos españoles de 1995 y 1973 (*vid. supra* nota 1), no. Cabe una tentativa inacabada frustrada y una tentativa acabada no frustrada. Es cierto que la redacción anterior del CP español (art. 3.II) aludía a una tentativa acabada frustrada: aquella en la que además de haber realizado el autor todo lo que en su representación debió producir el resultado, ni éste se produjo ni dejó de producirse por acto alguno del autor en orden a evitarlo (desis-

efectos del desistimiento de la tentativa (temática que aquí no podemos abordar), para lo que tiene una importancia capital que la tentativa de la que se desiste se encuentre en la fase de tentativa acabada o inacabada, desde el punto de vista de los requisitos que deben cumplirse para estimar relevante el desistimiento, se exige que «se evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada (tentativa inacabada), bien impidiendo la producción del resultado» (tentativa acabada).

La definición legal de la tentativa acabada da cumplida cuenta del fundamento de su punición y de su identificación con el injusto penal, el disvalor-acción. Dicho de otra forma: ¿En qué, además de que el autor practique todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, puede estribar la imputación de unos hechos a título de responsabilidad penal?

Con esta definición legal se corrobora que el legislador puede, si quiere, circunscribir la responsabilidad penal al delito consumado, en el bien entendido de que, si así lo hiciera, en un Derecho penal de la culpabilidad, esa responsabilidad se basaría, desde la perspectiva del autor, en lo que el CP define hoy como tentativa acabada, aunque a ello tendría que añadirse, por imperativo legal, el resultado para que hubiera responsabilidad penal, pero sería un resultado que sin la presencia del disvalor-acción constitutivo de la tentativa acabada, carecería de significado, al menos en un Derecho penal que pretende prevenir el delito. Ese supuesto CP que sólo castigara el delito consumado no convertiría en lícita a la tentativa acabada, como dice acertadamente Zielinski (66) sino en meramente no punible; y ello porque si es ilícito (y punible) la causación del resultado no puede dejar de serlo (ilícito) el comportamiento del autor que hace todo lo posible para causarlo (tentativa acabada). Así pues, el fundamento de punición de la tentativa acabada es el fundamento de punición del injusto.

Más peliaguda se plantea la cuestión en la tentativa inacabada. Armin Kaufmann (67) y Eberhard Struensee (68) han sido los autores más conspicuos a la hora de poner de relieve el déficit de fundamenta-

---

timiento), sino por cualquier otra circunstancia. Por su parte, también en la tentativa inacabada cabe la frustración: cuando tras el primer acto de tentativa, que necesita de otros posteriores para la consumación, se ha convertido en inviable el proyecto (el primer acto de envenenamiento, p. ej., es descubierto).

(66) Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (trad. de Marcelo A. SANCINETTI), 1990, p. 159.

(67) DP, 1975, p. 170.

(68) Tentativa y dolo (trad. de José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), *Cuadernos de Política criminal*, 38, 1989, pp. 405 ss. y 420.

ción en esta figura de imputación penal. Mientras que si bien en la tentativa acabada el discurrir de los acontecimientos ya ha salido de las manos del autor y puede producir por sí mismo el resultado que el Derecho penal desea evitar no ofrece duda sobre la existencia de una norma que le dice al ciudadano que debe abstenerse de hacer aquello que, precisamente por escapar ya a su control, puede suponer la lesión del bien jurídico, en cambio, la tentativa inacabada, de tener un fundamento de punición, tiene que ser distinto al de la tentativa acabada, ya que, como decía Armin Kaufmann, sería extender demasiado el fundamento de la tentativa acabada, que al finalismo, por las razones vistas, no le plantea duda alguna, a la tentativa inacabada, pues, estructuralmente, es muy distinto prohibir lo que ya puede producir el resultado (tentativa acabada) que prohibir lo que puede ser condición necesaria, pero no suficiente, por requerir actos ulteriores que hacen que todo el proceso esté bajo control del autor, de producción del resultado (tentativa inacabada). Hay pues un déficit de fundamentación de la tentativa inacabada.

Sin embargo, lo que la tentativa inacabada sí muestra claramente es que el Derecho penal preventivo no puede limitarse a extender la protección penal de los bienes jurídicos a los actos que suponen ya inmediatamente su lesión, y que para evitar que hasta el último momento, momento en que ya puede ser tarde para reaccionar, el infractor pueda moverse libremente, asegurándose así, en cierto modo, de la consecución de su propósito delictivo, debe ampliarse el ámbito de lo punible. Es lo que ocurre con la punición de la tentativa inacabada, y, con más cautela, en los actos preparatorios punibles.

Puede incluso afirmarse que *no hay peligro de lesión de más necesaria prevención por lo persistente de su continuación hasta la lesión, desde la óptica del ordenamiento jurídico y del destinatario de la norma, que el originado por un proceso humano consciente dirigido desde el principio a ese fin*. Que la cuestión, sin embargo, no es pacífica en la doctrina, precisamente por no percibir ésta la relatividad de la distinción entre las diversas fases del «*iter criminis*», puede ilustrarse con algunos posicionamientos extremos.

Así, según Bacigalupo (69), si se es consecuente con la irrelevancia del disvalor-resultado, se debería poner el acento de la punibilidad en el comienzo de la tentativa, momento a partir del cual se da íntegro el disvalor-acción, eliminándose toda diferencia entre tentativa, frustración y consumación.

---

(69) PG<sup>5</sup>, p. 97.



Moreno-Torres Herrera (70), con críticas a las consideraciones de Struensee sobre los conceptos de Fiedler de cara a la concreción del dolo: el dolo de la tentativa acabada no es el mismo de la tentativa inacabada: tras la primera dosis de veneno el autor todavía no ha comenzado a desarrollar, con su consiguiente representación concreta = dolo concreto, el siguiente acto (71), por el contrario, sostiene que si bien desde el comienzo de la tentativa hay disvalor-intención o dolo, la peligrosidad de la acción, el elemento objetivo del disvalor-acción en su concepción [175 ss.], se ha desarrollado paulatinamente, alcanzando su punto álgido en la tentativa acabada, que sí contiene ya todo el disvalor-acción, porque también en su concepción, el resultado (delito consumado) no añade nada al ilícito, constituido sólo conforme al disvalor-acción, aunque, ciertamente, aquel disvalor-resultado puede agravar la punibilidad por razones ajenas a la constitución del ilícito y sí relacionadas con la necesidad político-criminal de pena.

Por el otro extremo, Sancinetti (72), fiel a su concepción del injusto, que elabora partiendo de la escuela de Bonn, y de algunas manifestaciones ocasionales de Jakobs, que otras veces modificaría, no sólo niega al disvalor-resultado valor constitutivo del injusto, otorgándose-lo sólo al disvalor-acción, que además concibe de manera muy peculiar, tan peculiarmente que, de forma parecida a lo que él hace con Jakobs, lo que parece una concepción netamente subjetiva, se convierte en otra objetiva, de una manera ciertamente propia, el injusto sólo lo constituye, pero entonces ya completo, la tentativa acabada.- Por decirlo brevemente: Para Sancinetti, el injusto por antonomasia lo proporciona la tentativa acabada, aquella donde la exteriorización del disvalor-acción ha alcanzado el punto en el que, sin haberse convertido todavía necesariamente en el desdeñado disvalor-resultado (*ex post*), ya ha escapado al control del autor, pudiendo producir el resultado en función de circunstancias ajenas a su voluntad [126].- Para fundamentar normológicamente su posición sobre la atenuación de la tentativa (que él resuelve dogmáticamente con su expediente de la burda insensatez incrementable con lo inacabado del proyecto subjetivo) [157 ss] (*vid. infra*), acude Sancinetti a los argumentos de Armin Kaufmann y Struensee (*vid. supra*), quienes ya habían planteado la naturaleza de la norma subyacente a la tentativa acabada [140 ss.], frente a la de la

---

(70) *Tentativa de delito*, pp. 169 s. y 215 s.

(71) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *Sobre el tipo de tentativa*, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Miguel BAJO FERNÁNDEZ y otros), 2005, pp. 253 ss.

(72) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 3 ss., 31 ss., 43 ss. y 53 ss.



tentativa inacabada, en el caso de que ambas fuesen distintas; de donde deducir que el fundamento de la tentativa inacabada se parece más al de los actos preparatorios que el de la genuina tentativa o tentativa acabada.– Entre las consecuencias a extraer de aquí, como después habrá de verse, se encuentran las de obligar a atenuar la pena de la tentativa inacabada frente a la consumación (idea con la que Sancinetti no simpatiza por su origen en la atávica responsabilidad por el resultado) [150 ss.], mientras que sólo sea facultativa la atenuación de la tentativa acabada, y la de impedir en la tentativa acabada la posibilidad del desistimiento [70, 72, 72 ss.].– Frente a este elaborado parecer, debe tenerse en cuenta la siguiente consideración crítica: Especulaciones esclarecedoras sobre el fundamento de punición y la naturaleza de la norma que prohíbe no sólo dejar escapar de las propias manos que lo han elaborado anteriormente un proceso causal peligroso para el bien jurídico, no son incompatibles con la consideración de que tan prohibido como el último acto que ya escapa de las manos del autor deben serlo los anteriores, especialmente los que suponen ya inequívocamente el comienzo de ejecución del delito (comienzo de la tentativa). Los que en su contexto sólo pueden verse como comisión de un delito. Así lo han hecho y lo hacen todos los Códigos penales. ¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que no hay solución de continuidad entre el primer acto de ejecución de un delito y el último; de ahí que la determinación de los momentos de comienzo de la tentativa frente a la mera preparación, y de la tentativa inacabada respecto a la acabada sólo quepa establecerlo con criterios normativos, axiológicos, de lo que naturalísticamente constituye una unidad inescindible, en el sentido de que una parte no tiene sentido desgajada de las otras (73). De ahí, también, lo que podemos denominar inevitabilidad del elemento subjetivo, por más que el ordenamiento jurídico persiga metas de regulación establecidas objetivamente.

Enfoques como el de Sancinetti estimulan aportaciones como la realizada por Benlloch Pettit (74), que, no por esclarecedoras son menos desafortunadas: Según Benlloch Pettit, a la dicotomía tentativa acabada-tentativa inacabada, debe añadirse, dado que no coinciden, la dicotomía tentativa perfecta-tentativa imperfecta [CXLIV ss.]. Ilustrándolo

---

(73) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *Iter criminis*, en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, (ed. José Luis Díez Ripollés y otros), 2002, pp. 617 ss.

(74) Guillermo BENLLOCH PETITT, *De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentación de la impunidad por desistimiento*, Revista Peruana de Jurisprudencia, 24, 2003, CXLI.

con un ejemplo: Mientras que quien ya ha suministrado en la bebida de la víctima el veneno que causará su muerte cuando la ingiera varias horas después, cuando vuelva, es una tentativa acabada (no requiere actos ulteriores del autor para que sobrevenga la consumación), como quiera que todavía puede evitar aquélla, dado que la tentativa no ha salido de sus manos, la tentativa es aún imperfecta, frente a la perfecta, que es aquella en la que el autor no puede hacer ya nada por evitarlo [CXLIX s.]. La cuestión, así planteada, que por lo demás no se diferencia nada de la de un mayoritario sector doctrinal, encabezado por Roxin (75), que ve en casos como éste uno de tentativa inacabada, no sería descabellada si no fuera por cómo quiere fundamentar Benlloch Pettit la punición de una y otra tentativa, perfecta e imperfecta. Según Benlloch Pettit, en la tentativa imperfecta estamos presumiendo que el autor no hará nada por evitar la consumación, presunción que en Derecho penal está prohibida, aunque en el caso de la tentativa imperfecta esté justificada. Pero no porque la tentativa imperfecta constituya un peligro real para el bien jurídico, cosa que sí ocurre con la perfecta, sino porque ha mediado un peligro hipotético [CLII].

## XI. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

Hasta aquí, el concepto de tentativa. Lo que cae dentro del concepto de tentativa es punible en nuestro derecho. Ahora bien, ello no quiere decir que la graduación de la responsabilidad por tentativa no dependa de criterios relacionados con lo que la doctrina española ha utilizado, fallidamente, para acuñar su concepto de tentativa; ni significa, tampoco, que supuestos excluidos del concepto de tentativa no puedan dar lugar a responsabilidad penal por aplicación extensiva de la norma sancionatoria de la misma, algo que no debe escandalizar tratándose de normas de la PG donde, como sostiene Hassemer (76), las construcciones dogmáticas constituyen incluso criterios de Justicia que dicen más de una cultura jurídica que todas las formas delictivas juntas. De ser esto viable, que lo es, se alcanzará uno de los principales objetivos de la dogmática: precisión conceptual, de un lado, y amplitud de miras teleológica, de otro.

---

(75) Claus ROXIN, *El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo* (trad. LUIS ROCA AGAPITO), Actualidad Penal, 1999-2, pp. 589 ss.

(76) Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO), 1984, pp. 252 ss.

Que la causalidad putativa no pertenezca al concepto de tentativa de que parte el artículo 16.1, no significa que la necesidad de protección de los bienes jurídicos no permita ni justifique que, por razones de política criminal, basadas en dicha necesidad de protección, resulte conveniente hacer una interpretación extensiva de aquella norma.

De esta manera, al igual que ocurre con el establecimiento del momento de comienzo de la tentativa (por lo general punible) frente a la preparación (por lo general impune), donde es conveniente adelantarlo para que la lesión no sea ya irreversible, temática, ésta, en la que aquí no podemos entrar (77), es conveniente extender también la norma sancionadora de la tentativa a los casos de causalidad putativa conocidos como de «inidoneidad relativa» más próximos a la causalidad legal o real.

Es cierto que su ámbito no debe abarcar sólo a los casos en que la causalidad se basa en un criterio cuantitativo (dosis insuficiente de veneno); pero este supuesto ilustra muy bien sobre los límites en que debe realizarse la extensión: sólo lo colindante con la causalidad legal, desapareciendo el fundamento que justifica la extensión de la punibilidad por tentativa a medida que el caso se aparta de dicho límite.

Por lo demás, que el prototipo del injusto lo constituya la tentativa acabada, no excluye, sino todo lo contrario, la necesidad de prevenir ya el comienzo de la tentativa o tentativa inacabada. Es más, llegados a este punto, puede y debe insistirse en el hecho de que en la tentativa inacabada si bien es cierto que el autor puede todavía detener la continuación de lo necesario para consumar el delito (desde su posición: llegar a la tentativa acabada), ello no debe ocultar que incluso objetivamente, además de subjetivamente: plan del autor, hay ya un peligro elevado de consumación del delito: Que hay pocas situaciones tan peligrosas para la lesión de un bien jurídico, consumación, como el representado por una persona que ha decidido e iniciado la comisión de un delito poniendo en marcha un proceso causal idóneo que lo lesionará, es algo tan evidente como para comprender que la interpretación contraria, a la que nos hemos acostumbrado, se basa en el mito de la libertad, según el cual quien inicia algo siempre puede evitarlo si está en sus manos, sin tener en cuenta la inmensa cantidad de factores que ha puesto en marcha con la iniciación del delito, como para que sea más improbable que se detenga a que continúe.

---

(77) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LH-Cerezo Mir, p. 624 s.

## XII. LA ATENUACIÓN DE LA PENA EN LA TENTATIVA. CRITERIOS DE MEDICIÓN

El artículo 62, al establecer que «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», ha simplificado considerablemente el sistema de determinación de la pena que se preveía en la a. r., cuyo tratamiento específico de la tentativa, la frustración y el delito imposible tenía efectos inmediatos sobre la determinación de la pena: la inferior en un grado para el delito frustrado (art. 51), la inferior en uno o dos grados (el segundo facultativo) para el delito intentado e imposible (art. 52.I y II respectivamente) (*vid. supra*).

Lo que ha hecho el legislador de 1995, como ya se dijo, no ha sido prescindir de esas categorías, aunque ha dejado de nombrarlas expresamente, sino proporcionar un único criterio unitario: atenuación en un grado prescriptivamente para todos los casos, y facultad del segundo, también para todos los casos, que marca la diferencia con el régimen anterior, siendo el nuevo más flexible; proporcionando, además, una serie de criterios para su fijación, siendo a través de esos criterios por donde siguen jugando las categorías tradicionales, pues a nadie se le oculta que cuando el legislador habla de «peligro inherente al intento», está pensando en la mayor o menor idoneidad de la tentativa para producir el resultado (el criterio que antes determinaba la atenuación del delito imposible), y cuando se refiere «al grado de ejecución alcanzado», está pensando, entre otras cosas, en lo que antes se conocía como «tentativa» y «frustración».

Del nuevo artículo 62, por tanto, puede decirse: El primer criterio, «peligro inherente al intento», es el criterio de graduabilidad a efectos de la punición por tentativa de su *disvalor-resultado*; el segundo, «grado de ejecución alcanzado», es el criterio, a esos efectos, basado en el *disvalor-acción*.

Alcácer Guirao (78), que se ha ocupado reciente y brillantemente del tema, no separa nítidamente estos criterios porque ya en el segundo criterio pretende resolver, *ex ante*, lo que ha de resolver el primero, *ex post*; como consecuencia, todo ello, de su errónea concepción de la peligrosidad (*vid. supra*). Un ejemplo del autor permitirá comprender mejor su compleja construcción: Quien intenta envenenar con X dosis

---

(78) Tentativa inidónea, pp. 477 ss.

de veneno, comienza una tentativa idónea, suministrando auténtico veneno hasta llegar a la dosis X/2, momento a partir del cual, el farmacéutico, que se ha dado cuenta de su propósito, le ha proporcionado un falso veneno, que el autor sigue suministrando, convirtiéndose su tentativa en inidónea, no ha llevado a cabo una tentativa, y, por tanto, no ha agotado el segundo criterio de penalidad. Evidentemente, en contra de lo que dice Alcácer Guirao, el autor ha llevado a cabo una tentativa acabada típica; y lo que ha faltado, a efectos de penalidad, a partir de un momento determinado, no antes (menor peligrosidad) ni después (mayor peligrosidad), ha sido el primer criterio de medición. Este segundo criterio, además, sólo se puede constatar en una consideración *ex post*. El primero, como el ejemplo corrobora, con una consideración *ex ante*.

En cualquier caso, lo que no ha hecho el legislador español ha sido flexibilizar la punición de la tentativa hasta el extremo que lo hace el CP alemán, cuyo § 23 no sólo castiga como tentativa tanto la idónea como la inidónea, pero de causalidad adecuada, como la inidónea absoluta y relativa, de causalidad putativa, incluida la tentativa supersticiosa, sino que además somete a la discrecionalidad del tribunal prescindir de la pena en la tentativa supersticiosa y atenuar la pena (o no) de cualquier tentativa frente a la del delito consumado, con lo que relativiza la diferencia de injusto entre el delito intentado y el delito consumado.

El Derecho español no va tan lejos, y no sólo descarta la tentativa de causalidad putativa (sólo por extensión sería incluíble la inidoneidad relativa) (*vid. supra*), sino que para todos los casos de tentativa punible exige preceptivamente la atenuación del primer grado, quedando al arbitrio del tribunal sólo el segundo; pero éste para todas sus modalidades, no sólo para la inacabada ni para la inidónea, que, a su vez, pueden no beneficiarse de él.

¿Cuándo estará justificado este segundo grado de atenuación? Antes de eso: ¿Por qué no es preceptivo en ningún caso el segundo grado?

Como ha revelado la dogmática de la tentativa, no existe ninguna razón para distinguir entre tentativa idónea e inidónea, ya que no sólo toda tentativa es *ex post* inidónea sino que, además, que la inidoneidad sobrevenga en el último momento, después incluso de que la tentativa esté acabada, o lo haga en cualquier momento anterior, de tentativa inacabada, preparación o incluso antes de que el autor comience a actuar, depende del azar, y no afecta para nada a lo que sí es determinante de la gravedad del hecho, esto es, el comportamiento realizado. Es más, tampoco cabe distinguir, a efectos de lo que sí es importante, la gravedad del comportamiento, entre el delito consumado, la tentativa acabada e inacabada y la preparación, ya que todas son fases que forman un *continuum* difícil de desentrañar, dependiendo también mu-

chas veces del azar que la ejecución se haya detenido en una fase u otra (ni siquiera la distinción tentativa acabada-tentativa inacabada en que tanto insistió Armin Kaufmann es decisiva) (*vid. supra*).

Si se aceptan estas premisas tenemos respondida la segunda cuestión que se planteaba: El legislador español hace bien al establecer que en ningún supuesto de tentativa sea prescriptivo el segundo grado de atenuación, o que esté proscrito para alguno de ellos (en contra de lo que hacía la a. r.).

Ante esta situación, y para responder al primer interrogante (cuándo estará justificado aplicar el segundo grado de atenuación), cabe decir que, no obstante lo anterior, en atención a criterios muy relacionados con los que han llevado al legislador y a un sector de la doctrina a otorgar un significado especial al disvalor-resultado, que la doctrina del injusto personal no niega aunque no le otorga significado constitutivo del injusto ni de su gravedad, en atención a las repercusiones exteriores del delito: fundamentalmente alarma social, de la misma forma que el delito consumado se castiga más severamente que el delito no consumado, debe tenerse en cuenta que la inidoneidad de la tentativa haya sobrevenido antes o después, agravándose la responsabilidad a medida que la inidoneidad haya sobrevenido más tarde, que la tentativa haya avanzado más en la representación del autor respecto a lo necesario de su parte para que el delito se consume y que los medios empleados hayan sido más o menos idóneos para la producción del resultado, cayendo dentro de la tentativa los supuestos denominados de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno) pero con la máxima atenuación posible.

Cabe, incluso, que estos criterios se combinen: p. ej., conceder el segundo grado porque, aunque la tentativa estaba acabada, se emplearon medios sólo relativamente idóneos, o negarlo porque, a pesar de el inacabado de la tentativa, la preparación demostró gran energía criminal y los medios fueron muy peligrosos, etc. Es más, los criterios generales de determinación de la pena (atenuantes y agravantes), combinados con los específicos de la tentativa, pueden ser determinantes de la aplicación o no del segundo grado de atenuación de la tentativa.

El planteamiento aquí expuesto y defendido no coincide con otro que, desgraciadamente se está imponiendo en la doctrina española y que pretende restringir el máximo posible de libertad para el intérprete, tan esencial en la fase de determinación de la pena (79).

---

(79) *Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena*, en: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García, ed. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 2006, pp. 123 ss. y 124.

En efecto, en la doctrina española comienza a imponerse la idea de que algunos casos p. ej., tentativa inidónea y tentativa inacabada, recibían directamente el primer grado de atenuación:

Con la r. a. simpatizaba con esta atenuación preceptiva Farré Trepapat, Tentativa, 490: tentativa acabada, 492: delito frustrado, 194: tentativa inidónea, con el argumento añadido de que la atenuación facultativa dañaría la seguridad jurídica: 493.

Con mejor criterio, aboga por una aplicación lo más flexible posible de las normas de determinación de la pena en la tentativa Moreno-Torres Herrera, Tentativa de delito, 391 ss, si no fuese por el hecho de que sus precisiones sí le llevan a proponer un argumento reforzado de atenuación por la tentativa inacabada.

Ya con la n. r. las valiosísimas sugerencias sobre la forma de determinar la pena en la tentativa al hilo de los marcos y los criterios dados por el legislador al efecto como consecuencia de lo anteriormente dicho sobre el concepto de tentativa, en cuyos detalles ahora no podemos entrar, si bien un tanto centradas unilateralmente (en coherencia con los desarrollos conceptuales del autor) en la peligrosidad objetiva, que, además, aisladamente considerados son casi siempre válidos, nunca deben, en contra de lo que Alcácer Guirao propone [494 ss.], operar como criterios rígidos, esto es, que fuercen, con su sola presencia, al juez a aplicar el segundo grado de atenuación. Ni siquiera los casos más claros con los que la doctrina comienza a simpatizar, y en los que Alcácer Guirao insiste erróneamente, de la tentativa idónea hasta el final y acabada (¡ni siquiera la concurrencia de ambas simultáneamente!) debe forzar necesariamente al juez, aunque sí puede ser ese el caso, en ausencia de otras razones que lleven a fijar la pena de otra forma. En contra de lo que dice Alcácer Guirao, el elemento subjetivo y la impresión social pueden jugar un papel decisivo en la concreción de la pena. Ni el concepto de tentativa, es uno puramente objetivo, como propugna Alcácer Guirao, ni los criterios de determinación de la pena en la tentativa están así polarizados en la voluntad del legislador. Antes bien, si algo indica el artículo 62 es una voluntad de máxima flexibilidad (como el propio Alcácer Guirao reconoce a veces), en atención a la determinación de la pena (¡en contra de lo que históricamente ha ocurrido en este ámbito con la rigidez de atenuantes y agravantes!) (80), en un contexto conceptual de máximo respeto a las concepciones reinantes, ninguna de las cuales puede pretender que el legislador le ha dado la razón y sí esperar de ellas los mejores argumentos.

---

(80) CUELLO CONTRERAS, LAH-González-Cuéllar García, pp. 127 ss.



González Cussac (81), por su parte, arrancando de la concepción objetiva de la tentativa (*vid. supra*), ha reproducido ese esquema en el capítulo de la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios en el artículo 62. Así, quiere entender que sobre la base de que lo que se pune en la tentativa es la peligrosidad objetiva cuanto menos abstracta medida conforme a la experiencia general (peligrosidad potencial), dicha peligrosidad, plena en el delito consumado, e incompleta en el delito intentado, se desdobra, como el injusto, en un disvalor-acción y un disvalor-resultado, de ahí los dos criterios del artículo 62 para graduar la tentativa: peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, criterios que González Cussac, con otra doctrina muy extendida en la materia, concibe, ambas, objetivamente, por cuanto la experiencia general antes aludida dice a las claras que mientras más haya avanzado la ejecución mayor será el peligro para el bien jurídico y, por supuesto, mientras mayor haya sido el peligro creado más justificada estará la agravación de la pena por tentativa (con interesantes consideraciones, desde su perspectiva, sobre el juego del grado de ejecución en la determinación de la pena en los delitos de peligro).— Ahora bien, hay que responderle a González Cussac, si el grado de ejecución juega un papel tan importante en la graduación de la pena por tentativa (para González Cussac puede justificar el segundo grado de atenuación en la tentativa inacabada), aunque no haya creado el peligro que evalúa el criterio del grado de peligro, y aunque sólo sea a efectos de asegurar función propia al criterio que hace hincapié (también para los objetivistas) en el disvalor acción, no está tan claro que el criterio decisivo del concepto de tentativa y la determinación de su punibilidad se base sólo en la peligrosidad *ex post*.

Estos intentos olvidan por momentos que estamos hablando de criterios de determinación de la pena.

Un excelente estudio sobre la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios es el de Doval País (82), de cuya riqueza de matices no podemos dar cuenta ahora, debiéndonos limitar a resaltar críticamente algunos aspectos destacados. Doval País, que comparte la fundamentación de la tentativa de Mir Puig, del peligro para el bien jurídico conforme a una consideración intersubjetiva *ex ante* [30], pero que extrae de la alusión legal a la adecuación objetiva de los actos para producir el resultado que en el CP no tienen cabida los intentos que en una consideración *ex post* no supusieron ninguna posibilidad de pro-

---

(81) GONZÁLEZ CUSSAC, en: Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I, 1996, com. artículo 61 ss., pp. 371 ss.

(82) Antonio DOVAL PAÍS, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001,



ducción del resultado [50 s.], considera que: 1. El artículo 62 establece con carácter necesario la atenuación de la pena de la tentativa respecto a la del delito consumado [53]; ahora bien, los grados de la atenuación y su coordinación con las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal son de carácter dispositivo para el tribunal [65]. 2. Los criterios de punición de la tentativa del artículo 62, de peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, son: a) manifestaciones comunes del peligro característico de la tentativa [75 s., 77 s.], pero al mismo tiempo (b) manifestaciones específicas y distintas de determinar ese peligro: una tentativa puede estar más avanzada pero ser menos peligrosa que otra, p. ej. [79] 3. El peligro inherente al intento o probabilidad de consumación del delito emprendido, que es el mismo del fundamento de la tentativa, excluye una consideración *ex post*, o circunstancias sólo conocidas *ex post*, como, p. ej., que el disparo no pudo matar porque la víctima portaba un chaleco antibalas [80 ss., 84]. 4. El grado de ejecución alcanzado se basa en el plan del autor medido objetivamente, de manera que cuando los actos constituyan una secuencia suficiente para la consumación, la tentativa será acabada, y cuando sea necesario pero todavía no suficiente lo hecho, la tentativa será inacabada [91 ss., 105, 109], con consideraciones ulteriores sobre la armonización de las reglas de determinación de la pena en la tentativa con la existencia de tipos que contemplan ya agravaciones típicas específicas basadas también en el peligro (mayor de producción del resultado) [85 ss.]. 5. Finalmente, aborda Doval Pais el caso en el que los criterios de determinación de la pena en la tentativa se crucen [117 ss.]. En este aspecto, después de criticar a Alcácer Guirao, por su inclinación a exigir la doble atenuación en caso de tentativa idónea acabada [127 s.], sosteniendo que obligatorio sólo debe serlo el primer grado, acaba dándome la razón cuando concluye que será el caso concreto el que decida cómo desarrollar y aplicar los módulos que ofrece la ley [63, 128 ss.].— Este parecer, más adecuado al fin de la norma a interpretar que el de Alcácer Guirao, y muy semejante al de González Cussac (peligrosidad objetiva del grado de ejecución), sigue sin embargo demasiado polarizado al peligro (objetivo) de consumación, convertido en el único macrocriterio en la materia, que puede empañar otros: p. ej., alarma producida o especial intencionalidad.

Muy esclarecedor para el sistema español de determinación de la pena en la tentativa: mixto (preceptivo siempre el primer grado de atenuación y facultativo el segundo) puede ser lo que dice Frisch (83)

---

(83) Wolfgang FRISCH, *La atenuación del marco penal de la tentativa* (trad. de MARCELO S. SANCINETTI), ADP, 1994-II, pp. 159 ss.

del sistema alemán (atenuación siempre facultativa). Para llenar de contenido el sistema alemán, sin caer en la arbitrariedad, propone Frisch las siguientes pautas: 1. Debe huírse de una valoración total del caso que, p. ej., lleve al juez a la conclusión de no atenuar la pena por los motivos del hecho [164]. No se trata de otorgar discrecionalidad absoluta, pero sí de negar también que quepa una decisión legal estricta [170]. 2. La distinción entre tentativa acabada e inacabada, a estos efectos, debe ser matizada: a) En primer lugar, porque hay tipos delictivos que lo que realmente tipifican (delito consumado) es una tentativa acabada, en los cuales, por tanto, la distinción entre tentativa = atenuación, y consumación = no atenuación, se viene al traste [171 s., 173, 174 ss., 187], sin que, por lo demás, quepa dudar del sentido que tiene el hecho de que el legislador haya creado esos tipos ni pensar en «enmendarle la plana» por vía interpretativa. En cambio, no está justificada la atenuación automática ni siquiera en los propios delitos de resultado, los que tipifican la creación de un resultado lesivo definitivamente de un bien jurídico, en los que aparece un especial disvalor-resultado que justifica la atenuación de la tentativa respecto al delito consumado [176 s., 178 ss.]. b) En segundo lugar, no tiene sentido privilegiar la tentativa inacabada frente a la acabada, en general, ya que ambas forman un *continuum* en los delitos de resultado y en los que tipifican tentativas acabadas, su ámbito de tentativa, todo, coincide prácticamente con el de la tentativa acabada, con lo que la atenuación se convertiría en preceptiva [187]. 3. Está perfectamente justificada la atenuación de la tentativa inidónea [184 s.]. Es más, las dudas constantes acerca de su punición se basan en su menor gravedad respecto a ese aspecto de la valoración a que antes se aludía (en este caso desde el principio) del disvalor-resultado.

Sancinetti (84), después de criticar a Frisch, por: 1) volver a introducir la atenuación (obligatoria) en los delitos de resultado, siendo así que la reforma alemana que convirtió la atenuación obligatoria de la tentativa en facultativa precisamente lo hizo huyendo de ese pseudo-axioma: que la mera ausencia de resultado justifique necesariamente la atenuación; 2) excluir la posibilidad de estimar la atenuación por tentativa en los delitos de actividad, siendo así que su resultado (cortado): p. ej., la denuncia falsa no seguida de condena, al fin y al cabo se ha producido y si está tipificada expresamente (en lugar de limitarse el legislador a agravar la pena si el resultado último se produjera) es porque tiene un contenido material propio. 3) excluir la atenuación en los delitos de actividad; lo que vulnera el principio de igualdad que Frisch

---

(84) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 123 ss. y 134 ss.

defiende, ya que si el delito de mera actividad está apenas iniciado (comienzo de la tentativa) y sólo se permite una atenuación del marco penal, pero no, además, una individualización de la pena especialmente favorable (por constituir, según Frisch una doble atenuación), se está impidiendo en los delitos de actividad lo que no se impide (una supuesta doble atenuación) en los delitos de resultado. Sancinetti, como decimos, después de criticar la teoría de Frisch, sostiene la suya propia, caracterizada, muy someramente, por razones de espacio, así: 1. Tanto en los delitos de resultado como en los de actividad, la tentativa inacabada debe dar lugar a la atenuación de la tentativa, marco general, y dentro de él, a su vez, nada se opone a una segunda atenuación a modo de individualización de la pena [140 ss.]. 2. En la tentativa acabada, en cambio, la atenuación del marco de la pena sólo está justificada cuando se trate de una tentativa inidónea lindante con la burda insensatez, en aplicación de su fórmula, que ya conocemos (*vid. supra*), de «imprudencia invertida» (85), lo que le lleva a construir una escala de gravedad que puede ser ilustrada con un ejemplo de Jakobs modificado: El autor quiere envenenar a un niño con valeriana (no peligrosa), pero por error le suministra *valium* (peligroso), lo que da lugar a una tentativa burdamente insensata junto a un homicidio imprudente [150 ss., 160, 161 s.].

De este valiosísimo ensayo de Sancinetti, que puede operar y operará muchas veces en la práctica, con los argumentos y conclusiones que el propio Sancinetti propone, lo único cuestionable es que pretenda axiomatizarlo, esto es, aplicar el esquema con la rigidez propia de los elementos del tipo, que persiguen la igualdad de los casos, siendo así que la norma en cuya aplicación se tienen en cuenta es una norma de determinación de la pena, que obliga a individualizar, no a generalizar, para lo cual los criterios han de contemplarse simultáneamente (86). Baste pensar en lo que ocurriría si, p. ej., nos encontramos con una tentativa inidónea lindante con la burdamente insensata (en la terminología de Sancinetti), y, además, inacabada, para que haya necesidad de ponderar cada uno de estos dos factores de medición de la pena, ninguno de ellos preferente, con lo que los criterios de Sancinetti más allá de la mera sugerencia no vinculante, no absolutos, se van al traste.— Si se conciben los criterios de medición de la pena del artículo 62

---

(85) Para SANCINETTI, mientras que en la imprudencia el síndrome de riesgos contiene peligros cada vez más alejados de la lesión, en la tentativa inidónea el síndrome lo es de grados de peligro cada vez menores de lesión para el observador objetivo en lugar del autor.

(86) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LAH-GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 129 s.

para la tentativa en el mismo sentido que las circunstancias modificativas genéricas nominadas: que obligan taxativamente a tomar la pena de un marco restringido, en lugar de someterlos al régimen de la circunstancias genéricas innominadas, que no restringen el marco fijado en el tipo (87), ése es el peligro de las tesis que se están defendiendo en España en torno al nuevo artículo 62, se estará perpetuando el catastrófico sistema español de determinación de la pena (88).

---

(87) «1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces y tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes [art. 21 y 22: circunstancias genéricas nominadas], las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito» ... «3.<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito» ... «6.<sup>a</sup> Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho [circunstancias innominadas]» (art. 66 CP)

(88) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LAH-González-CUÉLLAR GARCÍA, p. 135.

## Intervención delictiva e imputación objetiva (\*)

YESID REYES ALVARADO

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes (Bogotá - Colombia).

Las primeras referencias que tuve de Günther Jakobs a finales de los 80 provenían de diversos escritos en los que se criticaban duramente algunas de sus propuestas; la circunstancia de que la controversia con Jakobs girara siempre alrededor de temas nucleares de la teoría del delito, despertó en mí un gran interés por conocer a esa persona que parecía dirigir sus mejores esfuerzos a hacer saltar por el aire toda la estructura de una teoría del delito en cuya construcción habían trabajado por décadas, y con paciencia de artesanos, los penalistas más reputados de Europa. El detenido estudio de su obra y, sobre todo, la posibilidad de conversar con él sobre la misma, me dejó en claro que su trabajo no se parecía tanto al de un rudo demoledor como al de un fino relojero que ajusta y reemplaza con precisión las piezas defectuosas de un complicado engranaje. Pero por encima de sus innegables aportes a la ciencia del Derecho penal, encontré en Jakobs una persona absolutamente abierta a cualquier opinión, que disfruta con la discusión, que respeta tanto las ideas ajenas como las propias y que no tiene reparo alguno en aceptar un error, siempre que encuentre en sus adversarios mejores argumentos.

\*\*\*

El punto de anclaje más sólido de toda la concepción de la teoría del delito esbozada por Jakobs es quizás el de su edificación a partir de la misión que el Derecho penal debe cumplir: «Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la

---

(\*) Este artículo fue originalmente publicado en el libro homenaje a Günther Jakobs (bajo el título *Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung*, en *Festschrift für GÜNTHER JAKOBS*, CARL HEYMANNS VERLAG, Köln-Berlin-München, 2007, pp. 553 a 570).

Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad e incumbencia» (1).

A partir de este punto de partida, Jakobs ha ido reelaborando paulatinamente algunas de las más importantes nociones de la teoría del delito, dotándolas de un contenido normativo que contrasta abiertamente con la fundamentación predominantemente ontológica que a la mayoría de ellas suele otorgar la doctrina dominante: «Desde el punto de vista normativo, desaparecen algunos problemas que ha creado la Dogmática por no apartar la vista de la relación ontológica (o de la relación estructural). ... Además, surgen notables reordenaciones en muchos otros lugares, p. ej. en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de la justificación» (2). La elaboración de la primera edición de su manual no tuvo, sin embargo, la finalidad de mostrar una ya consolidada concepción normativa de la teoría del delito, sino que como él mismo lo puso de presente, se limitó a esparcir la semilla de lo que en el futuro habría de constituir una creciente normativización de los diversos elementos de la teoría del delito, en especial a partir de una concepción de la teoría de la imputación objetiva que redujo notablemente la influencia que hasta entonces ejercía la causalidad en el concepto de acción. Expresado en palabras del propio Jakobs al prologar la primera edición de su manual, «Aquí no se recoge de inmediato la cosecha, sino que sólo se realizan las labores de cultivo» (3).

Si bien es verdad que la imputación objetiva entendida como creación de riesgos jurídicamente desaprobados que se realizan en el resultado, suele ser actualmente utilizada como fundamento de la punibilidad del delito imprudente (4), también lo es que frente al delito doloso

---

(1) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal* – parte general, fundamentos y teoría de la imputación, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pp. IX y X.

(2) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., p. X.

(3) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed., cit., p. X.

(4) Entre aquellos que limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos imprudentes desconociendo su validez dentro del delito doloso, cfr. KAUFMANN Armin, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1985, 1. Halbband, p. 258; KÜPPER Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 91; LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18. Aufl., München, 1989, Vor § 13, III, 1, c, dd, en cuanto afirma que la imputación objetiva es «poco significativa» en los delitos dolosos; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, p. 103, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho.

lo frecuente es que se le conceda escasa (5) o ninguna importancia (6); esta generalizada actitud de mantener la punibilidad del delito doloso atada a los conceptos de causalidad e intencionalidad de la conducta, no sólo evidencia el contraste entre la explicación ontológica del delito doloso y la normativa del imprudente, sino que además pone de presente que la razón de ser de la intervención del Derecho penal es distinta en los delitos dolosos (intencional causación de un resultado) y en los imprudentes (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado), es decir, se plantea la existencia de cuando menos dos concepciones del injusto: una para el delito doloso y otra para el imprudente. Esta dicotomía desaparece cuando se normativiza la explicación del delito doloso extendiendo el ámbito de acción de la imputación objetiva, para sostener que también frente a las conductas doloosas la intervención del Derecho penal ocurre cuando una persona crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado (por ejemplo, disparo de arma de fuego contra una persona) que se realiza en el resultado (muerte de la víctima como consecuencia del disparo).

---

(5) Entre quienes admiten la validez de la imputación objetiva tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos, *cfr.* BUSTOS Juan, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 234, pero no en la forma como la imputación objetiva es normalmente desarrollada, sino solo en cuanto se la entienda a su manera, es decir, diferenciándola de la atribución y radicándola en el ámbito de la antijuridicidad; JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 4. Auflage, 1988 p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; LARENZ Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, p. 52, en cuanto le reprochó a HEGEL haber referido la imputación objetiva solo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos imprudentes; LENCKNER Theodor, Schönke/Schröder, 1991, 24. Auflage, Vorbem § 13 ff/92; MAIWALD Manfred, JuS, 1984, p. 440; MAURACH Reinhart/ZIPF Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband I, 7. Auflage, 1987, § 18 III/36, p. 244; OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 3. Auflage, 1988, p. 204 f.; ROXIN Claus, *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, p. 144; ROXIN Claus., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 247; ROXIN Claus., *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, p. 241; RUDOLPHI Hans-Joachim, *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, p. 866; SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1975, § 8/50, p. 222; STRATENWERTH Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1984, Rd. 215, p. 84; ULSENHEIMER Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965, p. 27; WESSELS Johannes, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, p. 54.

(6) KINDHÄUSER, por ejemplo, afirma que cuando alguien acciona doloosamente un arma de fuego contra otra persona causándole la muerte nadie osaría decir que el autor se ha comportado contra el deber de cuidado; KINDHÄUSER, JR 1985, p. 481.

La tradicional distinción entre los tipos objetivo y subjetivo está igualmente asentada sobre parámetros ontológicos, en cuanto son fenómenos externos los que conforman el tipo objetivo [relación causal en el delito doloso y creación y realización de riesgos en el delito imprudente (7)] al paso que aquello que ocurre en la mente del autor constituye el núcleo del tipo subjetivo (dolo e imprudencia) (8). La situación cambia si se abandona la distinción ontológica entre objetivo y subjetivo (entendida como lo que ocurre fuera y dentro de la mente del ser humano) y se la normativiza a partir de su entendimiento como el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social (aspecto objetivo) y el análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo (aspecto subjetivo). Desde este punto de vista bien puede decirse que la representación de la realidad es indispensable para decidir sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por consiguiente, forma parte del juicio de imputación objetiva; en otras palabras, de una persona no solo se espera que desarrolle conductas conforme a su rol social, sino también que esa actuación esté de acuerdo con una determinada representación de la realidad; por ejemplo, a quien dispara contra un hombre creyendo que es un arbusto, porque cualquiera en su lugar hubiera pensado lo mismo, no se le debe reprochar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (9).

De otro lado, la comprensión del resultado como quebrantamiento de una norma (10) significa que para poder determinar si una conducta

---

(7) Si conforme a la doctrina más tradicional la relación de causalidad es el núcleo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes, la diferencia entre ellos sólo tiene sentido dentro del tipo subjetivo, lo que debería llevar a no hacer distinción alguna entre delitos dolosos e imprudentes en el ámbito del tipo objetivo. De la misma manera, quien considera que la imputación objetiva dota de contenido el tipo objetivo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes, debería admitir que estando la diferencia entre ellos solamente en el tipo subjetivo, carece de sentido distinguir entre los mismos a nivel del tipo objetivo.

(8) Esta distinción marcadamente ontológica entre los tipos objetivo y subjetivo puede verse incluso en GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., capítulos 8° y 9°.

(9) Cfr. Yesid REYES, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 (1993), pp. 121 y ss.

(10) Entender el resultado desde una perspectiva normativa como quebrantamiento de una norma, no significa necesariamente que el resultado ontológico (modificación del mundo exterior) carezca de toda importancia; es el propio legislador quien a través de la creación de la norma determina si su quebrantamiento supone la aparición previa de un resultado entendido como modificación relevante del mundo exterior (así, por ejemplo, la norma que prohíbe el homicidio sólo puede quebrantarse cuando se priva de la vida a una persona), o si ello no es indispensable (la tentativa de homicidio está sancionada con independencia de si hay o no una modificación relevante del mundo exterior; una modificación irrelevante en el ejemplo mencionado,



se ha realizado o no en el resultado no basta con haber comprobado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (primer extremo del juicio de imputación objetiva), sino que además resulta indispensable tener claridad sobre la norma objeto de quebrantamiento (segundo extremo del juicio de imputación), pues la realización del riesgo no supone nada distinto de un nexo entre esa creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la existencia de un resultado entendido como quebrantamiento de la norma. En consecuencia, para poder establecer si un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado, es indispensable determinar si el autor actuó con o sin la intención de quebrantar una norma, pues sólo de esta manera se podrá saber si quien dispara en contra de otro ser humano causándole una lesión en el pecho, ha acomodado su conducta a la descripción típica de las lesiones personales dolosas, a la de la tentativa de homicidio o a la de las lesiones personales imprudentes, es decir, sólo de esa manera podrá fijarse el segundo de los extremos del juicio de imputación objetiva (el resultado). Esto no significa incorporar elementos subjetivos al juicio de imputación objetiva (11), puesto que el dolo y la imprudencia siempre forman parte (alternativamente) de toda descripción típica y, por consiguiente, se deben entender como parte de una prohibición de conducta dirigida a todos los ciudadanos, esto es, al hombre en cuanto ser social (aspecto objetivo de la conducta). Por el contrario, el análisis de la presencia o ausencia de intencionalidad en la conducta (entendida como orientación de la misma al resultado) no forma parte del análisis sobre la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, porque si un ser social se comporta de acuerdo con lo que de él se espera, al Estado no le interesa lo que estaba pensando mientras desplegaba su conducta conforme a derecho.

Una concepción normativa de la imputación objetiva como la que se acaba de esbozar no se limita a prescindir de la distinción ontológica entre los tipos objetivo y subjetivo, sino que sustituye el concepto de injusto con el que tradicionalmente se venía trabajando como primer gran elemento de la teoría del delito y, junto con un posterior juicio de imputación personal (o subjetiva, si se prefiere mantener la expresión) conforman los pre-

---

estaría constituida por el desplazamiento del aire generado por el avance de un proyectil que pasa sobre la cabeza de la víctima a quien se pretendía matar, al paso que una modificación relevante estaría conformada por la herida que en un hombre se le ocasiona a la víctima a quien se ha pretendido asesinar).

(11) Siempre sobre el supuesto de que por objetivo no se entienda lo que ocurre fuera de la mente del ser humano, sino el análisis de la conducta del hombre en cuanto ser social (portador de roles), y que subjetivo no sea considerado lo que ocurre dentro de la mente del ser humano, sino el análisis de la conducta del hombre en cuanto individuo.

supuestos de un juicio de responsabilidad penal edificado sobre bases estrictamente normativas, sin que ello suponga, desde luego, negar que esas valoraciones (juicios de imputación objetiva e imputación personal) se hacen siempre respecto de una conducta ontológicamente entendida.

Si bien esa creciente normativización del injusto ha acarreado importantes consecuencias como la de prescindir de la distinción entre acción y omisión (12) en el entendido de que toda creación de un riesgo jurídicamente desaprobado supone el quebrantamiento de un deber de conducta (tanto dejar de alimentar al propio hijo como estrangularlo, constituyen desarrollo de un comportamiento contrario al deber de todo padre de familia), y conduce a unificar la imputación objetiva respecto de los delitos dolosos e imprudentes, existe un importante aspecto de la teoría del delito que sigue siendo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia con base en criterios marcadamente ontológicos, y que en los últimos años ha tratado de ser explicado desde un punto de vista normativo por autores como Jakobs, a quien a través de este libro se rinde un homenaje muy merecido por el impulso que con sus polémicas propuestas ha dado a la ciencia penal de los últimos años; se trata de la distinción entre autoría y participación.

Cuando en muchas actividades de nuestra vida diaria utilizamos un rayo láser, no pensamos en él como un proceso causal consistente en la coordinada estimulación de fotones a partir de otros fotones para conseguir un haz de luz coherente de alta energía; cuando observamos el gol decisivo de un partido de fútbol no lo imaginamos como la adecuada utilización de una palanca para impulsar un objeto esférico que, mediante el aprovechamiento de la inercia tomó la velocidad y fuerza suficientes para cruzar un plano imaginario formado por tres tubos cilíndricos y una franja de pintura dibujada sobre el césped. Tanto la creación científica como la destacada actuación de un deportista son objeto de una valoración social positiva en la medida en que su autor ha desplegado una conducta que no sólo es producto de su concreta actividad en la sociedad (ejercicio de un rol), sino que además sobresale por su ejemplar desempeño. Se habla entonces de la habilidad del futbolista que ejecuta un impecable tiro libre o de la genialidad de Einstein (13) al prever con increíble anticipación que el lanzamiento

---

(12) Cfr. JAKOBS, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg* e. V., Heft 10, C. H. Beck, München, 1992; Reyes *ZstW* 105 (1993), p. 125.

(13) *The Collected Papers of Albert Einstein*, Volume 6, The Berlin Years: Writings, 1914-1917, Edited by A. J. KOX, Martin J. KLEIN, and Robert SCHULMA, Princeton: Princeton University Press, 1996.

ordenado y simultáneo de fotones podría generar un haz de luz de extraordinaria potencia (14); sin embargo, nadie desconoce que actividades como las que se acaban de describir valorativamente (ejecución de un tiro libre en desarrollo de un partido de fútbol o creación del rayo láser) pueden ser también descritas desde un punto de vista puramente ontológico, esto es, desprovistas de valoración, tal como se hizo al comienzo de este párrafo.

Dado que los delitos no son más que conductas humanas castigadas por el Derecho penal, su consideración social no puede depender de su simple configuración ontológica sino de la valoración que de ellas se haga, de la misma manera como un éxito deportivo o un descubrimiento científico no derivan su significación social de su configuración ontológica, sino de su valoración; por consiguiente, así como las actuaciones sobresalientes de un científico son apreciadas por su valor positivo, las actuaciones reprochables de un delincuente son censuradas por su valor negativo. En este sentido es claro que no se puede definir correctamente un homicidio como el desplazamiento de vértebras cervicales conseguido mediante la aplicación simultánea de dos fuerzas sobre el cuerpo humano: una ejercida por una soga que estando fija en un punto superior sostiene el cuello de la persona y otra producida por el peso del cuerpo cuando pierde su apoyo y es empujado hacia abajo por la ley de gravedad. De hecho, esta descripción ontológica de la conducta bien puede corresponder a la acción de un verdugo en un país donde se aplique la pena de muerte por ahorcamiento, o a la conducta de quien ha utilizado ese método para suprimir la vida de su enemigo. La diferencia entre esos dos comportamientos no está en el plano ontológico, sino en la valoración que de esa conducta se haga, en forma tal que la actuación del verdugo es ajena al interés del Derecho penal en cuanto se desarrolla dentro del riesgo permitido (15) y la de quien mata a su enemigo es considerada como delictiva por evidenciar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma que prohíbe el homicidio. En síntesis, el delito es un comportamiento social más que, salvo en lo relacionado con su particular desvaloración, obedece a las mismas reglas que cualquier otro comportamiento social.

Por eso no puede sorprender que desde el momento mismo en que el hombre descubrió la utilidad del trabajo en equipo, éste no solamen-

---

(14) Las consideraciones teóricas que en este sentido hizo Einstein condujeron, años más tarde, al desarrollo de la tecnología láser.

(15) En un país donde la pena de muerte sea legal.

te se haya empleado para la ejecución de conductas lícitas, sino igualmente para el desarrollo de actividades delictivas. Ahora bien, cuando respecto de un comportamiento colectivo (lícito o ilícito) se pretende valorar el aporte individual de cada integrante de esa colectividad, el primer problema que debe resolverse tiene que ver con el criterio que se empleará para llevar a cabo esa valoración, que ante todo se relaciona con la pregunta de si la importancia del aporte individual a la acción colectiva se mide desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa. Cuando un enfermero aplica una dosis de suero antiofídico a quien ha sido mordido por una serpiente venenosa, resulta válido preguntarse si el paciente cuya vida fue salvada debe agradecer prioritariamente al inventor del antídoto, al fabricante, al comercializador o al enfermero que se lo aplicó. Desde un punto de vista estrictamente causal ninguno de los anteriormente mencionados puede reclamar para sí una mayor importancia de su comportamiento, porque desde el punto de vista estrictamente ontológico (que es el plano en el que tiene lugar la relación de causalidad) todas las condiciones tienen el mismo valor frente a la producción del resultado (equivalencia de las condiciones) (16).

Si se pretende solucionar el problema a través de la asignación de una mayor o menor importancia del aporte individual frente a la realización del resultado (criterio cualitativo) los resultados no son mejores: cuando un equipo de fútbol gana el campeonato mundial, ¿cuáles de los integrantes del equipo pueden ser considerados como los artífices del triunfo y cuáles como simples colaboradores del mismo? Si se opta por destacar la labor de quien ejecutó el gol con el que el equipo ganó el último y decisivo partido (17), se estaría restando importancia a quien con su impecable labor de marca consiguió que el jugador ofensivo más destacado del otro equipo no pudiera tocar el balón durante todo el desarrollo del encuentro, desconociendo así que si bien su actividad no tuvo nada que ver con la ejecución del gol decisivo, su labor de vigilan-

---

(16) Es precisamente esa característica de la teoría de la equivalencia de las condiciones la que no permite su adecuada utilización como mecanismo para aislar aquellas causas que son de interés para el Derecho penal. Desde este punto de vista es válido afirmar que la teoría de la equivalencia de las condiciones es simplemente descriptiva del fenómeno causal, de tal manera que la mayor o menor importancia de un aporte causal a la sobrevenida del resultado penalmente relevante (lo que algunos llaman «correctivos a la relación de causalidad») debe buscarse en el plano valorativo y no en el ontológico.

(17) Entre las propuestas que al interior del Derecho penal se han hecho para distinguir cualitativamente entre autor y partícipe, figuran las teorías objetivo formales, que confieren la condición de autor solamente a quien ha tomado parte en la ejecución del delito. Sobre el contenido de esta teoría y las principales críticas que a la misma se han hecho, cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed cit., 21/25.

cia sobre el adversario puede considerarse como determinante en el resultado del encuentro. Si se optara por decir que la obtención del título se debe sólo a aquellos que consideraban el trabajo del equipo como suyo y no a quienes entendían colaborar en una actividad ajena (18), tampoco se avanzaría demasiado porque desde el encargado de la preparación del vestuario, hasta el goleador del equipo, pasando por el preparador físico, el entrenador, los directivos y todos los jugadores del plantel, seguramente entendieron durante todo el torneo que la obtención del campeonato era su meta tanto en lo particular como en lo colectivo. Si se dijera que el verdadero responsable de la obtención del título es el que pudo haber detenido el buen funcionamiento del equipo (19), tampoco se habrá avanzado en la solución del problema, pues el óptimo desempeño del plantel pudo ser afectado por el médico (mediante el suministro de un medicamento equivocado), por el preparador físico (debido a un sobre-entrenamiento), por el director técnico (mal planteamiento táctico del partido), por el portero (que permitió goles en su propio arco), por un talentoso delantero (al no aprovechar claras oportunidades para marcar goles decisivos) o por cualquier otro jugador del plantel (por la incorrecta ejecución de las labores asignadas por el técnico).

Lo que en realidad ocurre es que la sociedad está acostumbrada a valorar el trabajo conjunto, de tal manera que por lo general un comprador de vehículos no está interesado en el nombre del diseñador del vehículo, en la identidad de quien pintó el exterior, ensambló los frenos o construyó la caja de velocidades, ni en el nombre de los mecánicos que prestan el servicio de mantenimiento; la confiabilidad que para el potencial comprador representa un vehículo la suele dar la marca del fabricante, cuyo prestigio depende de la labor conjunta de todos sus empleados y no de ninguno de ellos individualmente considerado. La producción de un vehículo automotor es socialmente percibida como una «acción colectiva», con absoluta independencia de que al interior de la empresa pueda llegar a ser destacado con un premio el mejor trabajador y separado de su cargo el menos eficiente.

---

(18) Por esta clase de diferenciación se inclinaron buena parte de los defensores de una concepción causalista de la teoría del delito, puesto que a partir de su defensa de la teoría de la equivalencia de las condiciones no tuvieron más remedio que aceptar que en el plano objetivo todas las aportaciones de los intervinientes en un delito tenían el mismo valor, y se vieron forzados a desplazar al ámbito de lo subjetivo la distinción entre autor y partícipe. Sobre el contenido de esta teoría y las principales críticas que a la misma se han hecho, *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., 21/27.

(19) Sobre el dominio del hecho como poder de interrumpir la realización del tipo, *cfr.* ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 311.

Lo mismo ocurre cuando las acciones desplegadas por un grupo de personas tienen contenido delictivo, como puede verse en aquellos casos en los que un grupo de personas asalta una sucursal bancaria; la sociedad percibe ese acontecimiento como una «acción colectiva» (20), hasta el punto de que la identidad de cada uno de los integrantes de la banda carece de importancia en la valoración social del hecho. Lo decisivo para considerar como delictiva esa conjunción de acciones individuales es la valoración de esa actuación colectiva (21) (que es la única que representa el hecho delictivo producido), y no el análisis de la trascendencia del aporte individual que cada partícipe hubiera realizado para la obtención del resultado. A quien amenazó al vigilante del banco no se lo investiga como posible responsable de una amenaza, sino como posible responsable de un robo a entidad bancaria, de la misma manera que a quien con un taladro violentó la caja de seguridad no se lo investiga como posible responsable de un daño en bien ajeno, sino como posible responsable del robo a la entidad bancaria. La circunstancia de que no se investigue a cada interviniente en el asalto a la entidad bancaria por la específica actividad que desarrolló en el transcurso de la misma (vigilar, amenazar al cajero, abrir la caja, tomar el dinero, sostener la bolsa para guardar el dinero, conducir el vehículo de escape, ocultar el botín, etc.), sino como intervinientes en la comisión de un delito de asalto a entidad bancaria, deja en claro que lo que se valora es la actuación colectiva del grupo y no la de cada uno de quienes con su conducta individual contribuyeron a la ejecución del delito.

Si lo objetivo de la imputación objetiva (en un sentido normativo como el que aquí se expone), está dado por el análisis que desde la perspectiva del Derecho penal se hace de la conducta de alguien en cuanto ser social (no como individuo), la configuración de este primer

---

(20) Sobre el concepto de acción colectiva *cfr.* HEIKO LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pp. 186 y ss.; HEIKO LESCH, *Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, en ZStW 105 (1993), pp. 274 y 275, GÜNTHER JAKOBS, GA 1996, pp. 264 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Beteiligung*, in *Lampe Festschrift*, p. 565 entendiendo la acción colectiva como quebrantamiento de la norma. Kindhäuser, al comentar la propuesta de un hecho común se refiere a la acción de una persona colectiva, advirtiendo que de esta manera se confiere una nueva denominación y no una nueva fundamentación a la coautoría; URS KINDHÄUSER, HOLLERBACH FESTSCHRIFT, p. 630.

(21) «En otras palabras, el desarrollo de las posibilidades de una división vinculante del trabajo, no es otra cosa que el desarrollo de las reglas de imputación en los supuestos de comportamientos conjuntos, y, por tanto, precisamente, no es otra cosa que el desarrollo de la estructura normativa de la sociedad». GÜNTHER JAKOBS, *LAMPE FESTSCHRIFT*, p. 570.

gran elemento de la teoría del delito no debe variar por el simple hecho de que esa conducta objeto de valoración haya sido desarrollada conjuntamente por un número plural de personas; por el contrario, el hecho de que la imputación objetiva no evalúe conductas desde el punto de vista del individuo sino desde la perspectiva de un «ser social», permite sostener de manera coherente que cuando se está en frente de una «acción colectiva» el juicio de imputación objetiva sigue siendo viable en el mismo sentido, esto es, como una valoración sobre la significación social del comportamiento y no sobre el aspecto individual del mismo. Se dirá que la acción colectiva es una creación valorativa por completo ajena al mundo de lo ontológico; eso es cierto, pero también lo es que corresponde a la manera como la sociedad percibe determinada clase de actuaciones coordinadamente desarrolladas por un número plural de personas, con absoluta independencia de si ellas constituyen o no un hecho delictivo; por lo demás, la responsabilidad penal derivada de una actuación conjunta no es consecuencia directa de la teoría de la imputación objetiva, sino producto de una decisión del legislador, para quien las acciones delictivas desarrolladas en forma mancomunada por un número plural de personas merecen un tratamiento punitivo distinto del que correspondería a aquellas que habiendo sido individualmente desplegadas por cada partícipe conforman la acción colectiva (22).

Si el legislador no hubiera creado las figuras de la coautoría y la complicidad, las conductas de cada uno de los intervinientes en un asalto bancario podrían ser juzgadas de manera independiente; pero si bien las sanciones que les serían aplicables guardarían relación con su conducta ontológicamente considerada, no se corresponderían con la trascendencia social que las mismas tuvieron como parte de una acción colectiva. Por ejemplo, quien hurtó los planos de la edificación bancaria para planear el asalto, respondería como autor de un hurto simple en menor cuantía (por el valor de los planos), mientras quien golpeó levemente al vigilante para aturdirlo mientras llevaban a cabo el robo respondería como autor de unas lesiones personales leves, quien con ayuda de herramientas consiguió abrir la caja de caudales quizás respondería como autor de un daño en bien ajeno y quien se apoderó de una considerable suma de dinero depositada en la caja de seguridad del banco respondería como autor de un hurto sin violencia. No obs-

---

(22) Son las normas que en el Código Penal alemán definen la coautoría (§ 25 StGB), la inducción (§ 26 StGB) y la complicidad (§ 27 StGB), las que fundamentan la responsabilidad de cada uno de esos intervinientes de una forma diversa a la que corresponde al autor individual.



tante lo anterior, la percepción social del acontecimiento fue la de un robo con violencia a una entidad bancaria, que merecería una sanción más alta para todos quienes en él intervinieron, pero siempre a condición de que no se evalúe de manera individual cada uno de sus comportamientos, sino que el objeto de la valoración sea la conducta colectiva, única que puede ser definida (en el ejemplo propuesto) como robo con violencia.

Si es la acción colectiva la que debe ser valorada desde el punto de vista de la imputación objetiva [porque en la coparticipación es ella y no cada una de las acciones individuales la que posee trascendencia social (23)], entonces la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado debe predicarse ante todo de esa acción colectiva. Por consiguiente, si la acción colectiva se mantiene dentro del riesgo permitido (por ejemplo la fabricación de medicamentos), no sólo pierde trascendencia para el Derecho penal en cuanto producción colectiva, sino que también la perderá el aporte individual que cada persona haya hecho a esa acción colectiva. Si, por el contrario, la acción colectiva puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (fabricación conjunta de un artefacto explosivo que posteriormente se utilizó para un atentado), el Derecho penal no solamente está interesado en la valoración de esa actuación colectiva, sino también en el análisis del aporte que cada persona haya hecho a esa acción conjunta, pero siempre entendiéndolo como voluntaria contribución al hecho colectivo (porque sólo desde esa perspectiva tiene la trascendencia social que es precisamente la que interesa dentro de un juicio de imputación objetiva).

Siguiendo con el ejemplo propuesto de la fabricación de un artefacto explosivo utilizado para un atentado, el juicio de imputación objetiva comenzará por establecer si esa conducta puede considerarse como un riesgo permitido (por ejemplo, sería lícita la construcción del artefacto dentro de instalaciones militares legalmente autorizadas para el efecto) o como un riesgo jurídicamente desaprobado (elaboración del explosivo sin autorización legal). Pero si en la fabricación del arte-

---

(23) En similar sentido señala Jakobs que en las actuaciones conjuntas sólo la infracción a la norma (que él equipara a la acción colectiva de la participación) constituye el injusto: «En primer lugar, ha de ser contestada una pregunta previa: ¿cuál es la obra común que vincula? Y la respuesta es clara: la lesión a la norma (tentativa y consumación de un delito). Igual que la lesión a la norma es la única obra relevante jurídico-penalmente cuando se trata de un autor único, sólo esa, y no su preparación –aunque incluso ésta última se haya prolongado más en el tiempo y haya requerido más esfuerzos–, lo mismo sucede cuando estamos ante una actuación conjunta: sólo la lesión a la norma constituye el injusto». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 565.



facto intervinieron varias personas, el juicio de imputación objetiva no se agota con la calificación de la acción colectiva como riesgo jurídicamente desaprobado, sino que debe proseguir con la determinación de si el comportamiento de cada uno de quienes intervinieron (causalmente) en la construcción del artefacto explosivo, puede ser considerado como un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre valorando sus aportaciones individuales como parte de la acción colectiva que previamente ha sido considerada como creación (colectiva) de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este último aspecto resulta especialmente importante, puesto que la valoración aislada de la conducta individual puede conducir a su equivocada apreciación como conducta enmarcada dentro del riesgo permitido; así, por ejemplo, el simple hecho de que alguien venda una determinada cantidad de nitrato de amonio es (analizado de manera aislada) ejercicio de una actividad lícita y así sería percibido siempre desde el punto de vista social; sin embargo, si esa acción se valora como el aporte que el vendedor hace a quien mezcla en las proporciones correctas éste y otros insumos para la elaboración del artefacto explosivo que será utilizado en un atentado, la valoración de su comportamiento variará de manera radical; pero ese cambio en la valoración de su conducta no obedece al análisis aislado de la misma (que siempre permitiría enmarcarla dentro del riesgo permitido), sino a su evaluación como parte de una acción colectiva que previamente ha sido entendida como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (24).

En este sentido, quien suministra nitrato de amonio a un grupo de personas que se lo solicitan con el fin de utilizarlo en la confección de un artefacto explosivo que posteriormente será utilizado para perpetrar un atentado, no se comporta como un simple vendedor de productos químicos sino que, por el contrario, acomoda su comportamiento a un plan delictivo; en otras palabras, su conducta es solo formalmente la de un vendedor de insumos químicos, pero en lo sustancial es la de quien toma parte en la ejecución de una conducta delictiva. En este punto juegan un papel importante los denominados conocimientos especiales, puesto que si bien es verdad nadie está obligado a tener conocimientos superiores a los que se requieren para el desarrollo de

---

(24) Para esta valoración es importante tener en cuenta (como se dijo en páginas anteriores) la representación de la realidad exigible al autor en la situación concreta; en este sentido, cuando su conducta sólo pueda ser entendida socialmente como un aporte voluntario a la acción conjunta de fabricación del artefacto explosivo (porque así lo hubiera entendido cualquier persona en su lugar), se podrá afirmar que con su conducta contribuyó a la creación colectiva de ese riesgo jurídicamente desaprobado.

un determinado rol social, también lo es que quien por cualquier razón adquiere esos conocimientos superiores a los de cualquier otra persona en su respectivo rol no está obligado a activarlos siempre (25), sino sólo en la medida en que de ellos se desprenda para él un deber de actuación (26). Por esa razón quien sabe que el nitrato de amonio cuya venta se le solicita va a ser utilizado para la fabricación de un explosivo con el que se cometerá un atentado, debe comportarse de manera tal que su conducta no pueda ser entendida como parte de la conspiración delictiva, lo que significa abstenerse de la venta o informar a las autoridades de los planes que han llegado a su conocimiento. Si pese a ese conocimiento especial que ha adquirido sobre la utilización que se dará a la sustancia, accede a su venta y no comunica de la misma a las autoridades, su conducta puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, bien sea en el contexto de esa acción colectiva que también ha sido valorada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado (si entre los intervinientes hubo acuerdo de voluntades para la realización de la conducta), o como parte de un comportamiento individual (en caso de que no hubiera existido acuerdo de voluntades).

Pero como la simple creación de un riesgo jurídicamente desaprobado no basta para cerrar el juicio de imputación objetiva, es indispensable demostrar que la acción colectiva que constituye creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es la misma que se realizó en el resultado, entendido como el quebrantamiento de una norma penal. En el ejemplo que se viene analizando, el juicio de imputación objetiva se cerraría cuando se lograra establecer que el artefacto explosivo fue el mismo cuyo accionamiento sirvió para lesionar a una persona. Como

---

(25) «Las personas que actúan aisladamente, cuyo tratamiento desde un punto de vista penal no es problemático –y que, por ello, ya no va a ser mencionado en lo sucesivo–, al igual que aquellas otras que actúan en una división restringida del trabajo, puede que sepan lo que va a suceder tras haber prestado su aporte –por ejemplo, puede que el taxista haya reconocido al pianista y que conozca el programa, y puede que el constructor sepa a grandes rasgos qué tipo de música va a ser interpretada en el auditorio–, pero, al respecto, no se trata de un conocimiento que pertenezca al rol en el que se interactúa, respectivamente, sino de un conocimiento especial, que no es suficiente para vincularles con el resultado». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 563.

(26) Eso excluye que pueda considerarse como delictiva la conducta de quien teniendo un conocimiento especial no lo activa porque no tiene el deber de hacerlo; ejemplo: quien en una fábrica está encargado de la apertura y cierre de una compuerta por la que se vierten residuos que él sabe son contaminantes (porque así se lo escuchó comentar en un ascensor a algunos de los directivos de la empresa) no responde como coautor del delito de contaminación de aguas si después de escuchar esa conversación continúa operando la compuerta por la que se arrojan las sustancia contaminantes.

la realización del riesgo en el resultado supone el conocimiento de una voluntad orientada hacia el quebrantamiento de una determinada norma penal (27), el juicio sobre la realización del riesgo en el resultado supone conocer previamente cuál fue la norma cuyo quebrantamiento se quiso con la acción colectiva, pues si lo que con esta última se pretendía al accionar el artefacto explosivo era matar a una determinada persona, el hecho de que ella haya resultado herida permite la imputación objetiva de una tentativa de homicidio, al paso que si lo que con la acción colectiva se pretendía era la lesión de la víctima (como en efecto ocurrió), entonces sólo se podrá imputar objetivamente un delito de lesiones personales consumadas.

La determinación de que la acción conjunta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado no agota tampoco el juicio de imputación objetiva; se requiere (tal como en párrafos anteriores se explicó respecto del análisis de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados), una valoración de cada uno de los aportes individuales que ya han sido calificados como creadores de riesgos jurídicamente desaprobados, para verificar si ellos pueden ser considerados como parte de la realización en el resultado de la acción conjunta. La respuesta será positiva cuando la persona haya desplegado su conducta individual con la intención de vulnerar una determinada norma a través de la actuación colectiva (28), siempre que además su comportamiento haya sido útil al colectivo para la realización del riesgo en el resultado.

Si la conducta que individualmente ha sido calificada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado no estuvo orientada por el individuo al quebrantamiento de la norma finalmente vulnerada por la acción colectiva, su aporte individual no podrá ser considerado como realizado en el resultado de la actuación colectiva por ausencia de dolo. Si, en el ejemplo propuesto, quien ha escuchado a los potenciales compradores de nitrato de amonio que con él fabricarán un artefacto explosivo y atentarán contra una persona, decide venderles la sustancia porque considera fundadamente que la conversación escuchada no pasa de ser una broma, no habrá actuado con dolo respecto del quebrantamiento de la norma que resulta violada con la acción colectiva (lesiones personales, por ejemplo), razón por la cual no se podrá afirmar que su acción creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado como parte de la acción colectiva.

---

(27) Tal como se señaló al comienzo de este escrito.

(28) Sobre la importancia del acuerdo previo en la coautoría, *cfr.* por ejemplo GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, ed. cit., 21/42.

Tampoco se podrá calificar al vendedor del ejemplo como interviniente en la actuación conjunta, si enterado de los planes delictivos de los potenciales compradores de la sustancia decide vendérsela con la intención de que den muerte a la víctima (quien de acuerdo con la conversación escuchada por el vendedor es un antiguo enemigo suyo), pero sin haber llegado a un acuerdo de voluntades con los compradores sobre la ejecución conjunta del delito. No obstante lo anterior, si frente a la conversación escuchada pudiera considerarse que la acción del vendedor fue imprudente (si bien no tuvo intención de tomar parte en el hecho delictivo, sí había elementos de juicio suficientes para pensar que el atentado del que hablaban los potenciales compradores habría de producirse), el vendedor de la sustancia química podría responder a título individual como autor de unas lesiones personales imprudentes, con absoluta independencia de que quienes fabriquen y accionen el artefacto explosivo respondan como coautores de unas lesiones personales dolosas (admitiendo que el resultado finalmente ocasionado fue el de lesiones).

En caso de que el aporte prestado por el individuo no sea utilizado en desarrollo de la acción colectiva, su conducta aislada no podrá ser considerada como realizada en el resultado. Sin embargo, la utilización del aporte individual no debe ser entendida como que haya sido determinante en la fase de consumación del delito (29), sino tan solo en el sentido de que haya sido tenido en cuenta durante la fase de ejecución de la acción colectiva que se considera realizada en el resultado. En el ejemplo propuesto, si finalmente los compradores del nitrato de amonio consideran que es mejor utilizar en la fabricación del artefacto explosivo una sustancia diversa y desechan el empleo de la ya adquirida, la lesión ocasionada con la detonación del explosivo fabricado sin el nitrato de amonio no podrá serle objetivamente imputada al vendedor de ésta última sustancia, porque el riesgo jurídicamente desarrollado por él no se realizó en el resultado. La solución varía si los compradores de los insumos deciden que intentarán matar a su víctima mediante el empleo de un rifle, pero fabrican un artefacto explosivo

---

(29) En este sentido restringido se pronuncia JAKOBS: «O, trasladado a la obra “lesión de la norma”, esto quiere decir que el interviniente ha de haber configurado, al menos, alguno de los elementos del delito de un hecho concreto –por ello se le llama interviniente–, por ejemplo, que en un asesinato se haya disparado con *su* pistola, que en un hurto haya sido utilizada *su* ganzúa, o que él haya organizado que la víctima de unas lesiones se encuentre *precisamente* en las cercanías del autor del delito, cuando éste comienza con la ejecución del hecho; en otras palabras, el interviniente ha tenido que lograr que se vaya a llegar a la ejecución». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 565.

con el nitrato de amonio ya adquirido para ser utilizado solamente en el evento de que el atentado con el arma de fuego falle; en esta hipótesis, el hecho de que durante la ejecución del atentado con el rifle hayan tenido listo para explotar el artefacto explosivo permite entender que el riesgo jurídicamente desaprobado de quien vendió el nitrato de amonio para la fabricación de este último se realizó en el resultado, aun cuando finalmente no se haya recurrido a la explosión porque el disparo dio muerte a la víctima. La realización de ese riesgo individual en el resultado se explica por el hecho de que su aporte fue utilizado en la ejecución de la acción colectiva que se entiende realizada en el resultado, la cual comprende no solamente la efectiva utilización del arma de fuego para dar muerte a la víctima, sino la utilización del explosivo como segunda alternativa de consumación del hecho ante la eventual falla del disparo.

En casos como éste no se puede hablar de una tentativa respecto del aportante individual, porque la acción colectiva a la que contribuyó ha abandonado ya el plano de los actos ejecutivos y consiguió la consumación del resultado; en otras palabras, como sólo respecto de la acción colectiva puede ser predicada la consumación, esta última no depende de si con el aporte individual se consiguió o no la realización del resultado, sino de si la acción colectiva quebrantó o no la norma. Por lo que respecta al aporte individual, una vez que él se ha sumado a la acción colectiva de ejecución del delito sigue la suerte de ésta última, de tal forma que si el asalto al banco no puede consumarse todos los que prestaron su apoyo para el mismo responderán por una tentativa; pero si el robo tiene éxito, todos quienes hicieron un aporte individual utilizado durante la fase de ejecución del mismo, responderán por el delito consumado. Por eso quien ha contribuido al robo de un banco mediante la labor de vigilar los alrededores del mismo durante la ejecución del delito, no puede alegar impunidad por el hecho de que como no se presentó ningún peligro durante la ejecución del robo y, por consiguiente, no tuvo necesidad de avisar a sus compañeros de hechos como la llegada de las autoridades, su conducta en nada contribuyó al delito y debe quedar impune.

En las acciones colectivas el juicio de imputación objetiva tiene entonces la particularidad de que no sólo se debe analizar si la acción colectiva puede ser entendida como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado; adicionalmente a ello, se debe establecer si cada aporte individual puede ser considerado como un riesgo jurídicamente desaprobado dentro del contexto de la acción colectiva (es decir, en el significado de esa conducta que socialmente es percibida como colectiva) y si esa conducta que indivi-

dualmente puede ser calificada de creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, fue parte de esa acción colectiva cuyo desarrollo se realizó en el resultado mediante el quebrantamiento de la norma penal. De esa manera se explica el paso de una responsabilidad derivada de una actuación colectiva, a una responsabilidad individual de cada uno de los integrantes del colectivo (30).

Si el juicio de imputación objetiva que se hace respecto de todos quienes intervienen en la comisión de un delito (llámense autores o partícipes) supone la determinación de si hubo o no una creación de riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, entonces desde el punto de vista de la imputación objetiva no existe ninguna diferencia entre un autor y un partícipe (31), lo cual lejos de constituir un problema representa una ventaja en cuanto permite mantener unificada la teoría del delito. El hecho de que algunos de esos aportes a la ejecución colectiva de un delito puedan ser considerados cuantitativamente como más importantes que otros, no altera el fundamento de la responsabilidad de quienes los desarrollaron como seres sociales (que es a lo que se contrae el juicio de imputación objetiva), sino que permite tan solo una distinta cuantificación de la pena (32) respecto de cada interviniente (33); es exactamente lo mismo que ocurre cuando se hacen valoraciones positivas de conductas colectivas, pues la construcción de una determinada marca de vehículos puede ser

---

(30) «Sigue siendo un misterio cómo es que resulta posible, en primer lugar, constituir responsabilidad mediante la introducción de un sujeto global y, después, transferir esta responsabilidad a cada uno de sus miembros (dependientes)»; URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 630.

(31) En este sentido *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 570 («Cualquier diferencia cualitativa que se quiera intentar entre un interviniente y un ejecutor resulta imposible») y HEIKO LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, po. S. 197 («No existe una diferencia cuantitativa entre autor y partícipe en el plano de la tipicidad, ni desde el punto de vista objetivo-formal ni en el ámbito de la imputación»).

(32) En este sentido *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, S. 571 («La diferenciación entre autoría y participación es, por tanto, una diferenciación que debe ser graduada según su peso en el ámbito de la medición de la pena; en particular, no hay una distinción material del coautor frente al cómplice y, todavía menos hay motivo alguno para anudar el concepto de autoría a un tomar parte en el momento de la ejecución...»); HEIKO LESCH, *ZStW* 105 (1993), p. 284.

(33) Como la determinación de la pena imponible a quienes toman parte en la ejecución del hecho delictivo es un problema cuantitativo, la desaparición de una diferencia cualitativa entre autor y partícipe en el plano de la imputación objetiva no significa su traslado al ámbito de la punibilidad; en contra se pronuncia Roxin, para quien una distinción cualitativa entre autores y partícipes siempre es indispensable, y si no se lleva a cabo en el plano del injusto necesariamente debe realizarse en el ámbito de la punibilidad (*cfr.* CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 36).

alabada por el consumidor final, con absoluta independencia de que el fabricante premie a uno de sus trabajadores como el más eficiente de la planta, despida a otro por su escaso rendimiento laboral, o decida pagar más a los pintores que a los encargados de instalar las llantas porque considere cuantitativamente más importante la labor de aquellos que la de éstos; las determinaciones que individualmente se adopten respecto de los trabajadores, en nada afectan el hecho de que la construcción de esos vehículos por parte de ese fabricante es positivamente valorada por el conglomerado social como una acción colectiva en la que toman parte muchas personas, cuya actividad individual no incide de manera directa en ese juicio positivo.

La desaparición de una diferencia cualitativa entre el autor y el partícipe no hace desaparecer la figura de la accesoriedad (34), sino que tan sólo cambia el referente de la misma (35). La responsabilidad del partícipe no es accesoría respecto de la del autor individualmente considerado, sino que la responsabilidad de todos los intervinientes es accesoría respecto de la acción colectiva (36), en forma tal que si esta última no puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, entonces la actuación individual de cada uno de quienes produjeron la acción colectiva tampoco podrá ser considerada como penalmente relevante frente al resultado de la actuación conjunta (es decir, esas acciones individuales no podrán considerarse creadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado que como parte de una acción colectiva se realizó en el resultado entendido como el quebrantamiento de la norma penal) (37).

Al afirmarse que en la intervención delictiva la conducta sobre la que recae de manera inmediata el juicio de imputación objetiva es la acción colectiva y no los aportes individuales que la conforman, lo que importa no es que cada uno de los intervinientes haya desarrollado integralmente la conducta típica, sino que los elementos configuradores de la misma puedan ser predicados de la acción colectiva. En consecuencia, así como no se exige de cada uno de los intervinientes en

---

(34) En contra Kindhäuser, en cuanto advierte que el partícipe no puede ser considerado como parte de una acción conjunta, porque su misma definición alude a que su responsabilidad es por la participación en el hecho antijurídico de «otro»; KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 631.

(35) Sobre los problemas que acarrearía la desaparición del principio de accesoriedad, *Cfr.*: GÜNTHER JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/8a.

(36) Esa acción conjunta desarrollada por el colectivo de personas, es el «otro» que echa de menos Kindhäuser como fundamento de la responsabilidad del partícipe.

(37) En similar sentido *cfr.*: GÜNTHER JAKOBS, *GA* 1996, p. 265 y *Lampe Festschrift*, p. 572, HEIKO LESCH, *ZStW* 105 (1993), pp. 289, 291 y 292.



un robo con violencia que se apoderen individualmente de la cosa mueble ajena o que ejerzan violencia para facilitar o asegurar su aprehensión (basta con que uno cualquiera de los intervinientes realice la aprehensión o ejerza la violencia), cuando un determinado tipo penal exige una cualificación en el sujeto activo de la conducta, basta con que cualquiera de los intervinientes posea esa condición especial para que la conducta pueda ser considerada como típica (38); ello es así porque en la intervención delictiva la imputación objetiva recae ante todo sobre una acción colectiva y, por lo tanto, es respecto de ésta que deben predicarse todos los elementos del tipo.

La exigencia de una cualificación especial en el sujeto activo de algunas conductas delictivas, obedece al hecho de que el legislador ha considerado que tales comportamientos merecen una sanción especialmente severa por suponer la infracción de especiales deberes de comportamiento; en estos casos el quantum punitivo está directamente relacionado con la vulneración de un deber de conducta radicado en cabeza de alguien con una determinada cualificación, como ocurre por ejemplo cuando quien se apodera de un bien mueble ajeno (conducta que usualmente corresponderá a la descripción típica del delito de hurto) es un servidor público que se apropia de bienes del Estado; en hipótesis como ésta su conducta es sancionada de una manera más severa en cuanto corresponde a la descripción típica de un delito de malversación que sanciona el apoderamiento de bienes del Estado por parte de un servidor público.

Pero para cumplir con la finalidad de sancionar más severamente aquellos ataques a bienes jurídicos que provienen de personas con especiales deberes de conducta no hace falta mantener una artificiosa distinción cualitativa entre autores y partícipes; en efecto, si bien en la intervención delictiva la valoración sobre la existencia de los elementos típicos se debe realizar sobre la acción colectiva, ello no obsta para

---

(38) Uno de los argumentos utilizados por Kindhäuser para oponerse a la fundamentación de la punibilidad de los intervinientes a partir de la consideración de una acción colectiva, es precisamente la existencia de los delitos especiales propios: «El hecho de que necesariamente ha de existir una diferencia cualitativa entre autoría y participación, que deriva de que el deber del autor es distinto del que corresponde al partícipe, ha de inferirse de modo necesario ya de la mera existencia de delitos especiales propios. Que sólo un juez, y no un *extraneus*, pueda cometer prevaricación (§ 339 StGB) –aunque sea éste último el que redacte la sentencia que el juez firma– muestra que, precisamente, la responsabilidad de *intraeus* y *extraneus* no es idéntica en cuanto a su fundamento y objeto. Por el contrario, el *extraneus* sólo puede verse vinculado por un deber secundario de no determinar a un *intraeus* a infringir su deber (primario) o de no auxiliarlo en tal infracción de deber»; URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 651.



que al momento de dosificar la pena aplicable a cada uno de los intervinientes, se sancione de manera más severa al servidor público que se apropia de bienes del Estado que al particular que realiza la misma conducta. De esta manera, aun cuando basta con que cualquiera de los intervinientes en la acción colectiva posea la cualificación exigida por el tipo para que la acción colectiva pueda ser considerada como típica (39), aquel interviniente que la posea recibirá una sanción más elevada que el que carece de la misma, precisamente debido a que se considera más grave su infracción al deber de comportamiento derivado de su condición (40).

La eliminación de una diferencia entre autores y partícipes en el ámbito de la imputación objetiva y su relegación al campo de la medición de la pena como un asunto meramente cuantitativo, así como la consideración de las aportaciones de los intervinientes en una acción delictiva como una actuación conjunta respecto de la cual debe llevarse a cabo el juicio de imputación objetiva (en un doble nivel que comprende el análisis tanto de la acción colectiva como de la actividad de cada uno de los intervinientes), permite avanzar en la fundamentación normativa de una teoría del delito, cuyo impulso a través de su reformulación de la teoría de la imputación objetiva es probablemente el aporte más importante hecho por Jakobs al Derecho penal.

---

(39) Con razón había señalado Kindhäuser que la idea de una acción colectiva como fundamento de la responsabilidad de los intervinientes fallaría frente a los delitos especiales propios, pues se trata de casos en los que no se hace responder al partícipe como si esa acción conjunta (que incluye la cualificación del sujeto activo) fuera propia; *Cfr.* URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 631. El problema desaparece con la solución que aquí se propone, pues basta con que uno de los intervinientes en la acción colectiva tenga la cualificación exigida por el tipo penal, para que surja a la vida jurídica ese comportamiento conjunto que fundamenta la responsabilidad de todos los partícipes, sin perjuicio de que al momento de dosificarles la pena se tenga en cuenta la cualificación exigida por el tipo penal para efecto de sancionar más severamente al partícipe que la poseía al ejecutar el delito que a quien carecía de ella.

(40) Esta solución deja planteado el interrogante de si se justifica tener descripciones típicas autónomas como la malversación, cuya diferencia con los delitos contra el patrimonio (como el hurto) radica tan solo en la cualificación del sujeto activo; la pregunta es si no bastaría con establecer como agravante punitiva de esos delitos la cualificación del sujeto activo, sin necesidad de construir un tipo penal autónomo.



# Bien jurídico y objeto protegible

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

Universidad Autónoma de Madrid

## I. INTRODUCCIÓN: LO PROTEGIDO; LO PROTEGIBLE

1. Los artículos se prologan con introducciones para que el lector se haga una temprana idea de lo que se va a encontrar en las líneas que le esperan. Ya el título suele aspirar a hacer tal función, a veces justificadamente frustrada por intenciones estéticas o por la –dichosa o maldita– ambigüedad semántica de las palabras. Esta ambigüedad se ceba desde luego en la expresión «bien jurídico», que transmite un concepto no descriptivo, sino teórico (1), para el que existen dos consolidadas y divergentes teorías que pretenden explicar su significado. Es por ello por lo que un artículo que se presente como «Bien jurídico» o como «Teoría del bien jurídico» despertará muy razonables dudas acerca de su contenido: acerca de si es un trabajo de dogmática penal o de política criminal; de si trata de lo que la norma protege, sea o no legítima esta protección, o de lo que la norma puede proteger, esté o no *de facto* protegido.

En efecto, desde prácticamente la generación del concepto, hace más de 150 años, se han conformado en torno al bien jurídico dos teorías del bien jurídico: una de ellas formal, metodológica, dogmática o

---

(1) Señala CARLOS S. NINO que «bien jurídico» es «un término teórico. Los términos teóricos son aquellos que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable. (...) Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una teoría que los define implícitamente» («Consideraciones sobre la dogmática jurídica», México –UNAM–, 1974, pp. 66 s.). Advierte posteriormente de que los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera ‘naturaleza’ o ‘esencia’ de un cierto instituto jurídico, cuyo hallazgo tendrá como resultado habilitar la deducción de principios jurídicos relevantes» (p. 81).

inmanente al sistema; y otra que se ha catalogado como material, crítica, liberal, político-criminal o trascendente al sistema (2). No se trata, sin embargo, en realidad, de dos teorías sobre un mismo concepto, sino de dos teorías que definen y desarrollan dos conceptos diferentes pero con un mismo significante («bien jurídico»). Resulta por ello que no se trata entre ambas corrientes de elegir la mejor teoría del bien jurídico, aquélla que sea más útil para entender o para conformar el ordenamiento. De lo que se trata, a la vista de que son teorías sobre objetos distintos, es de distinguirlas nominalmente y de evaluarlas, no en función de su imposible comparación, dada su heterogeneidad, sino de su aptitud para alcanzar las funciones que pretenden.

2. La consideración aislada de ambas teorías revela que los dos conceptos que se presentan con el nombre de bien jurídico son conceptos necesarios. Necesitamos, en primer lugar, un concepto que exprese el objeto inmediato de protección de la norma penal para facilitar el conocimiento de la norma y del sistema jurídico-penal, y para proceder a su propia autointegración o recomposición. Y necesitamos también un concepto, otro concepto, que exprese los fines de protección que puede legítimamente perseguir una norma penal y, además de la teoría que explique tal noción, otra teoría que a partir de ciertas pautas valorativas seleccione determinados bienes como valiosos –valga la redundancia, porque sí es bien es valioso– y condicione la legitimidad de las normas jurídico-penales a la protección de los mismos. Buscamos ahora un concepto que sirva para la evaluación del sistema y para la orientación de su futura conformación. Si el primer concepto nos va a ayudar a entender mejor el ordenamiento que es, el segundo fijará su aportación en el ordenamiento que debe ser. Si el primero es un instrumento para la comprensión del sistema, el segundo lo es para su construcción racional.

3. Es la dualidad de conceptos bajo una misma denominación la que hace que conspicuos teóricos del bien jurídico, que además no distan en exceso en sus concepciones de lo que es y de lo que debe ser el Derecho penal, afirmen cosas tan antitéticas cómo, por ejemplo, que toda norma penal protege un bien jurídico y que la lesión del mismo constituye la esencia del delito, de un lado, y que toda norma penal

---

(2) Sobre la historia dogmática del concepto de bien jurídico *vid.* los completos estudios de P. SINA, «Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'», Basilea (Helbing & Lichtenhahn), 1962; K. AMELUNG, «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», Francfort (Athenäum), 1972; y POLAINO NAVARRETE, «El bien jurídico en el Derecho penal», Sevilla (Universidad), 1974.

debería proteger un bien jurídico y que existe por ello un principio político-criminal de «exclusiva protección de bienes jurídicos», de otro. Curiosa paradoja la que deba ser lo que es necesario. Y es la indiferenciación semántica reseñada, unido a la labilidad, por su carácter altamente abstracto, del concepto dogmático y del concepto político-criminal de bien jurídico, las que hicieron que Welzel afirmara que «(q)uien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico (...) no se libra de una considerable desazón (...). El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza» (3).

Para intentar afrontar esa desazón en esta investigación sobre lo protegido y lo protegible por el Derecho penal, parto de una diferenciación terminológica. Como a continuación expondré, por razones semánticas, pero también legales –de uso legal del término–, la expresión «bien jurídico» debería reservarse para el concepto dogmático, para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal. A justificar esta idea y a otros aspectos de la teoría del bien jurídico dedicaré el segundo epígrafe de este artículo. El tercero tendrá por contenido un esbozo de la teoría de lo protegible: de lo que puede legítimamente protegerse por vía sancionadora en un Estado democrático. Especial atención requerirán al respecto tres cuestiones que forman parte candente del actual debate político criminal (4): ¿pueden protegerse los solos sentimientos?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente personales?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente constitucionales?

Como se trata de la función posible de la coacción en un sistema de libertades, la teoría de lo protegible forma parte de la teoría de la proporcionalidad en la intervención estatal sancionadora. Sólo así será también una teoría acerca de lo protegible por el Derecho penal. Sólo esta inserción permitirá superar las que, según Frisch, son las dos críticas tradicionales a las teorías de lo penalmente protegible (a las teorías político-criminales del bien jurídico, según la terminología más habitual): su desconexión con el resto del ordenamiento y la sobrea-

---

(3) «Studien zum System des Strafrechts», en ZStW, 58, 1939, p. 509.

(4) Para el debate al respecto, v. la obra colectiva (coord. R. Hefendehl, A. von Hirsch, W. Wohlers), «Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?», Baden-Baden (Nomos), 2003. Existe traducción al castellano (coord. R. Alcácer, M. Martín e I. Ortiz de Urbina): «La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?», Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2006.

loración de su aportación a la legitimación del Derecho penal (5). La concepción del postulado de lesividad (de protección sólo de lo protegible) como el primero de los escalones del juicio de proporcionalidad visualiza tanto que no es éste un análisis penal, sino, en rigor, constitucional, como que el mismo (el tradicionalmente denominado como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) es sólo una parte, y no la más conflictiva en su aplicación práctica, de un principio más complejo de legitimación. Sólo esta inserción, y la correlativa inserción en la Constitución, afirmada por el Tribunal Constitucional español (6), posibilitará la contradicción de la crítica más incisiva a la teoría del bien jurídico como teoría de lo protegible: su falta de vinculación positiva y, con ello, de eficacia práctica. Sólo esta inserción, en fin, y la diferenciación que supone, permitirán desbrozar la cuestión de la lesividad de la conducta de la cuestión de (el resto de) la justificación de su represión penal, cosa que podrá aportar luz a debates tan enconados y confusos como los relativos a la punición de ciertas caricaturas ofensivas o de ciertos supuestos de aborto consentido –por citar dos ejemplos bien distintos–.

Termino mi introducción sintetizándola: las reflexiones que paso a exponer tratan de lo protegido y de lo protegible: de la teoría del bien jurídico como instrumento de expresión y de conocimiento de lo protegido, en primer lugar, y de la teoría de lo protegible como parte de la teoría de la proporcionalidad, en segundo.

## II. LO PROTEGIDO: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

4. Creo que el primer paso para construir una teoría mínimamente sólida del bien jurídico es el de diferenciar terminológicamente lo protegido y lo protegible. Sin tal diferenciación léxica nos arriesgamos

---

(5) «Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, pp. 216 ss.

(6) «Debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *prius* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del artículo 17.1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, FJ 9)» (STC 55/1996, FJ 7; también: SSTC 161/1997, FJ 10; 136/1999, FJ 23; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005, FJ 4).

a un diálogo dogmático o político yermo. En esta tarea distintiva, en esta nominación, considero que debería reservarse la expresión «bien jurídico» para el primero de los conceptos, para «lo protegido». Ello por razones principalmente semánticas, pues de semántica es de lo que se trata, pero también por argumentos genéticos y legales que corroboran las razones semánticas. Al segundo objeto, a «lo protegible», cabe referirse precisamente con la locución «objeto protegible» o, si se desea acentuar que el objeto es valioso para quien utiliza la expresión, «bien protegible».

A) El argumento semántico no exige excesiva explicación. El vocablo «bien» hace referencia al objeto de una valoración positiva (7) y el adjetivo «jurídico» que le acompaña alude al sujeto y a la forma de dicho juicio (8). De ahí que cuando hablamos de un objeto que podría ser protegido penalmente no sea adecuado denominarlo «bien jurídico», porque en realidad es a lo sumo, valga la expresión, un «bien jurídicable». Existe una íntima conexión del significado de la expresión «bien jurídico» con el Derecho positivo, que se constata tanto en su utilización espontánea en un sentido formal como en las dificultades semánticas que ha de superar un contenido material de corte políticocriminal para revestirse de la citada locución.

En efecto: la definición de bien jurídico en clave crítico-material conduce a forzar el significado habitual de las palabras y, salvo especificación previa, hace extraño el uso del concepto en el discurso. Así, en contra del entendimiento común de las palabras, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico –se protege algo que no debería ser protegido– y que existirán bienes jurídicos que no ostentan entre sus características la de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho –algo que debería ser protegido no se protege–. Sucederá también que existirán delitos sin bien jurídico, incluso en el caso de que la norma de valoración se refiera inequívocamente a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no de-

---

(7) Así, G. JAKOBS afirma que «un bien es un estado de cosas positivamente valorado. Se entiende aquí estado de cosas en sentido amplio, de modo que no sólo comprende objetos (corpóreos y otros) sino también situaciones y desarrollos» («Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1991, 2.<sup>a</sup> ed., p. 35, n. m. 3; p. 39, n. m. 12). En sentido similar («bien es una realidad valorada por alguien»), E. SCHMIDHÄUSER («Strafrecht. Allgemeiner Teil.», Tubinga - J. C. B. Mohr-Paul Siebeck -, 1984, 2.<sup>a</sup> ed. -, p. 84, n. m. 25).

(8) «Un bien se convierte en bien jurídico a través del disfrute de una protección jurídica» (JAKOBS, «Strafrecht...», cit. núm. 7, p. 39, n. m. 12). En sentido similar, POLAINO NAVARRETE («El bien jurídico...», cit. núm. 2, p. 31).



seadas. Quedará así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico (9). Como puede observarse la definición material de bien jurídico genera un embrollo lingüístico nada desdeñable e incita a la confusión acerca de la condición jurídica de un objeto del que la misma se desea.

B) Crucial para la determinación acerca de cómo deba utilizarse la expresión «bien jurídico» es el sentido legal de la expresión: que el legislador emplee el concepto de bien jurídico y que lo haga en un sentido formal, como expresión de lo protegido por la norma. No otra consecuencia cabe inferir de la regulación del estado de necesidad. Si el artículo 20.5° CP exonera de responsabilidad al que «en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber», siempre que concurren ciertos requisitos, resultarán absurdas las consecuencias a las que conduciría una concepción crítico-material de bien jurídico que parta de un criterio democrático de legitimidad. Si un determinado tipo delictivo sanciona una conducta que desde esta perspectiva se estima inocua o incluso valiosa –por ejemplo: un sujeto resulta sancionado por mantener relaciones homosexuales, o por expresar sus ideas políticas, o por reunirse, o por declararse en huelga– y, por lo tanto, resulta que, desde tal punto de vista, este ciudadano no *lesiona* bien jurídico alguno, que es el presupuesto legal del estado de necesidad, resultará que el mismo no sólo será injustamente sancionado, sino que además se verá privado del posible amparo del estado de necesidad. Cabe alegar desde luego que «infringe un deber», pero no dejaría de ser una curiosa contradicción la de considerar que el objeto de su lesión no alcanza la dignidad jurídica mientras que al mismo tiempo sí lo hace el deber que infringe por lesionarlo o por no preservarlo (10).

C) En relación con el argumento genético en torno a qué significado debe atribuirse al significante «bien jurídico», no debe ocultarse que

---

(9) «Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico» (C. S. NINO, «Consideraciones...», cit. núm. 1, p. 56).

(10) Si entendemos que en el artículo 74.3 CP la mención del «bien» lo es, de modo abreviado, a la de «bien jurídico», parece también que el legislador está presuponiendo un concepto formal del mismo. No parece que, cuando introduce la relativa a las «ofensas a bienes eminentemente personales», el legislador haya querido instituir un filtro en manos del juez para la exclusión de las reglas del delito continuado. Sería bastante extraño que el legislador le dijera al juez que revisara en cada caso si la ofensa lo es a un bien merecedor de protección con independencia de lo que dice el Código: de lo que él como legislador considera digno de protección.

la finalidad que se perseguía con la ideación y el desarrollo del concepto de bien jurídico constituye el centro de un enconado debate. A mi juicio, empero, es digna de adhesión la conclusión del documentado estudio de Amelung de que «históricamente el dogma de la protección de bienes jurídicos es un producto del positivismo» (11). La preocupación inicial de Birnbaum, reconocido como el introductor del concepto en el análisis jurídico-penal (12), fue la de definir la esencia del delito a través del bien jurídico y de su lesión, en contraposición a las tesis iluministas del delito como infracción de un derecho subjetivo (13). Por otra parte, la

---

(11) «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, p. 5.

(12) *Cfr.* SINA, «Die Dogmengeschichte...», cit. núm. 2, pp. 23, 24; AMELUNG, «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, p. 50; H.-J. RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», en NPP, 1975, p. 329; C. ROXIN, «Strafrecht. Allgemeiner Teil», I, Múnich (Beck), 2006 (4ª), p. 16, n. m. 8. Para POLAINO NAVARRETE la teoría de BIRNBAUM «establece con solidez las bases precisas para la configuración técnica del bien jurídico» («El bien jurídico...», cit. Núm. 2, p. 103), aunque, dado que no hace «empleo lingüístico expreso de la locución bien jurídico» (p. 103; *cfr.* también SINA, *op. ul. cit.*, p. 23, que indica, sin embargo, que utiliza expresiones equivalentes), no es «rigurosamente exacto» (p. 103, n. 34) atribuir a BIRNBAUM el calificativo de fundador de la teoría del bien jurídico. AMELUNG indica que, aunque Moos señala que la escuela de Christian Wolff conocía ya una teoría penal de protección de bienes, no se ha probado una conexión de la misma con el moderno dogma de la protección de bienes jurídicos («Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit», en AA. VV. -ed. de Heike Jung, Heinz Müller-Dietz y Ulfrid Neumann-, «Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung», Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 269, núm. 4).

(13) Frente a la insuficiente teoría de la lesión de derechos que fuerza el significado del término lesión («Ueber das Erforderniss einer rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en Archiv des Criminalrechts, 1834, II, pp. 155 ss.) y deja fuera del Derecho penal los delitos contra la religión y la moral (pp. 160 ss.), que tampoco podrían quedar lógicamente encuadrados dentro de las infracciones de policía (pp. 166 ss.), BIRNBAUM parece recurrir en la primera parte de su estudio a la lesión de bienes como criterio de definición de la esencia del delito. Posteriormente, sin embargo, se traslada al plano prepositivo (en este sentido, AMELUNG, «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, pp. 44 y 46; SINA estima que «parece seguro que no concibe el concepto 'bien' de un modo puramente formal» - «Die Dogmengeschichte...», cit. núm. 2, p. 22 -) del fundamento del Derecho y del fin del Estado para señalar que la esencia del poder de éste reside en la garantía del igual disfrute de todos los hombres de ciertos bienes que les son dados por naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la unión de los ciudadanos (p. 177). Este concepto de bien, material pero muy amplio, echa leña tanto al fuego de los que defienden un origen predominantemente formal del concepto en la pluma de Birnbaum como al de quienes ven en su surgimiento el de un instrumento de una política criminal liberal (v. AMELUNG, «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, p. 45), pues si bien se delimita su contenido con rasgos que no son puramente formales, también es cierto que la amplitud con que son descritos éstos hace pensar en una pura descripción material genérica consecutiva a la estipulación de una definición formal.

reflexión posterior en torno al bien jurídico se dirigió fundamentalmente a la configuración de un concepto de tipo formal, con funciones exclusivamente intrasistemáticas (14), como lo demostró paradigmáticamente su pervivencia en el período nacionalsocialista (15). Sólo tras la Segunda Guerra Mundial se producen sólidos intentos de dotar de contenido material al bien jurídico y de instrumentar a través del mismo determinadas estrategias político-criminales (16).

5. La denominación «bien jurídico» debe reservarse así para referirse a lo protegido por una norma. Con más precisión y en atención al cumplimiento de las funciones que están en su propia génesis, considero que ha de definirse el bien jurídico como el objeto inmediato de protección de la norma penal.

No sólo resulta relevante la opción por una concepción formal del bien jurídico frente a una concepción material. Tampoco es baladí la elección de una u otra definición formal, que no trata de ser fiel en la descripción de una realidad observable, sino de generar un instrumento útil para la comprensión del sistema jurídico. Se trata de ser funcional, y a ello responde el concepto propuesto desde la perspectiva de las funciones que están en la raíz de la generación del concepto, y que son la inmediata de transmisión sintética del fin primordial de la norma y la mediata de comprensión y autocomposición del sistema a partir de dicha transmisión.

Correctamente conceptualizado, el bien jurídico es capaz de transmitir sintética y fidedignamente lo principalmente protegido por la norma. La norma penal es una directriz coactiva de conducta que, por una parte, aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amena-

---

(14) En la obra de BINDING («Die Normen und ihre Übertretung», I, Utrecht, Scientia Verlag Aalen, 1965 –nueva ed. de la 4ª de Leipzig de 1922–, pp. 312 s.) y de SCHWINGE («Die Einwilligung des Verletzten», I, «Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage», Mannheim-Berlín-Leipzig, J. Bensheimer, 1919; «Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre», Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1930). Este autor llega a señalar en esta última obra que «el moderno concepto de bien jurídico se ha despojado de todo su contenido de Derecho natural; impropio es toda apreciación de *lege ferenda* en torno a él» (p. 59).

(15) Cfr. AMELUNG, «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, pp. 257 s.

(16) Por ejemplo, en las obras de AMELUNG («Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2), M. MARX («Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'», Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymanns, 1972), y W. HASSEMER («Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgüterschutzlehre», Francfort, Athenäum, 1973).

za de la pena y de los diversos efectos –positivos y negativos, en dudosa pero consolidada terminología– que ésta despliega en sus destinatarios. El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal. Simultánea e implícitamente expresa el porqué de la consideración de un comportamiento como desvalioso: por su incidencia negativa en la vida social, expresada como pérdida de un determinado valor –desvalor de resultado–, en primer lugar, pero también por las características intrínsecas del comportamiento estimadas asimismo negativas por su relación más o menos directa con dicha pérdida de valor –desvalor de acción–.

El bien jurídico constituye así, en palabras de Amelung, «una mediación comprensible de las representaciones del legislador» (17). En ello radica la esencia de su instrumentalidad: la constatación del sentido primordial de la norma, el bien jurídico de cada norma, servirá mediatamente para entender y delimitar la misma y para evaluarla con parámetros de legitimidad. Dicho de otro modo: el bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal que surge contra él. Y esta comprensión sintética del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites, para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo, para evaluar la legitimidad de su tipificación y de su pena (18).

6. La determinación del bien jurídico de la norma nos sirve, en primer lugar, para determinar el elenco de conductas prohibidas tanto en relación con el enunciado legal principal, con el tipo inicial de injusto, como con otras normas, de incriminación o permisivas, con las que aquel enunciado se relaciona. Respecto a esta labor de integración normativa constituye una afirmación ya clásica la de que el bien jurídico es un instrumento de interpretación al que se llega sobre todo, precisamente, tras la interpretación de los enunciados legales que incorporan la norma. La norma penal se gesta a partir de una determinada valoración de la realidad y de su vulnerabilidad. Lo que el Código transmite, obvio es decirlo, no es directamente esa valoración –en ocasiones sí en las exposiciones de motivos o en los títulos a las distintas partes del Código–, sino una norma de comportamiento y la pena asignada a su incumplimiento. El valor inspira la norma, pero al valor

---

(17) «Rechtsgüterschutz...», cit. núm. 2, p. 394.

(18) Al respecto *Vid.* también n. 49.

llegamos a través de la norma, que todavía será releída a la luz del valor. Así: el bien inspira la norma, en primer lugar; la norma permite conocer el bien que la impulsa, en segundo; y todavía, en tercer lugar, en un viaje de vuelta, es el bien el que precisa los contornos de la norma. La determinación del bien jurídico es así tanto un punto de llegada como un punto de partida en la interpretación de la norma.

El recurso al bien jurídico como criterio de interpretación sirve para seleccionar el significado de las palabras de la norma y para excluir aquellas conductas a las que no les sea imputable la lesión del bien jurídico. En la medida en que el bien jurídico incorpora el fin y la génesis de la norma instrumenta, por una parte, un criterio teleológico de interpretación, y por otra, una vía para alcanzar la pretensión prioritaria de la interpretación, que en un sistema democrático regido por el principio de legalidad es, antes que la de una solución justa, la pretensión de una solución jurídica, de hallazgo de la respuesta legal al conflicto suscitado: antes una pretensión de juridicidad que de justicia (19). *Rectius*: lo que el intérprete, significativamente el juez, ha de pretender en un ordenamiento democrático es encontrar la respuesta jurídica más justa según el criterio de justicia que inspira dicho ordenamiento (20). Y qué duda cabe que para averiguar tal respuesta constituye una vía privilegiada la de saber qué quería hacer con la norma su legítimo agente (21).

Así, el bien jurídico de una norma sirve para dibujar los contornos de la misma allí donde sus palabras lo han dejado borroso. En cada norma, además, el bien jurídico coadyuva a perfilar tanto el momento

---

(19) Como señala R. ALEXY, «la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente» («Teoría de la argumentación jurídica», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 206). N. MACCORMICK defiende la tesis de que el fin de la argumentación jurídica es «la justicia de acuerdo con el Derecho» («Legal Reasoning and Legal Theory», Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 17, 74 y 250).

(20) Lo que se pretende del juez es que busque la respuesta más correcta, más razonable, dentro de las posibles respuestas que ofrece el ordenamiento al conflicto y, en ello, dentro de los principios y valores que el ordenamiento profesa. Ello no comporta que dicha respuesta exista como tal, sino que dentro del margen de apertura que ofrece la norma específica, el juez ha de buscar la solución que sea más valiosa a la luz de los valores del ordenamiento jurídico. Como subrayan ALEXY («Teoría...», cit. núm. 19, p. 302) y ALONSO MAS («La solución justa en las resoluciones administrativas», Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 55 ss. y 67) la idea de la respuesta correcta no es un punto de llegada, sino un punto de partida.

(21) ALEXY sostiene en una de sus reglas de argumentación que «los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos» («Teoría...», cit. núm. 19, p. 239).

de la consumación, que habrá de coincidir con su lesión, como el del comienzo de la tentativa, que estará relacionado con la «inmediata puesta en peligro del bien jurídico» (22). Debe destacarse también la aportación del bien jurídico a la comprensión del daño producido por la conducta típica y, en relación con él, y con la delimitación del sujeto pasivo del delito –también mediada por el bien jurídico en cuanto que el sujeto pasivo es el titular de éste–, su contribución a la determinación de si son uno o varios los delitos cometidos por la misma o varias conductas típicas (23), y, en su caso, por disposición expresa del legislador, si quedan excluidas *a limine* las reglas del delito continuado por no ser eminentemente personales los bienes jurídicos afectados (art. 74.3 CP).

Más allá, el bien jurídico va a contribuir a la determinación de las fronteras de una norma penal instrumentando la reflexión acerca de su relación con otras normas con las que en principio parece competir para calificar un determinado supuesto de hecho. Para el análisis de la intervención o el desplazamiento de una norma penal por la retirada o la aplicación preferente de otra y, en ello, para la utilización de las reglas que rigen el concurso aparente de normas y para la comprensión de las diferentes relaciones que las mismas presuponen –inclusión, exclusión, coincidencia parcial no incluyente–, podrá jugar un importante papel la determinación de los bienes jurídicos protegidos y de las relaciones entre ellos. A falta de una diferencia relevante en las modalidades de ataque, la resolución de la concurrencia de normas podrá producirse a partir del hecho de que el bien jurídico de una de ellas no sea más que una especificación del bien jurídico de la otra, de que la lesión de uno de los objetos de protección presuponga la lesión del otro, o a partir del valor desproporcionadamente superior de uno de los bienes jurídicos, que convierte en comparativamente irrelevante la lesión del otro.

El bien jurídico muestra también su utilidad en la delimitación del área de lo penalmente prohibido como instrumento de análisis en la aplicación de las normas de permisión. Si, como expone convincentemente Molina Fernández, tales normas están inspiradas en el criterio del interés preponderante, de modo que la razón por la que se permite una

---

(22) MIR PUIG, «Derecho penal. Parte general», Barcelona (Ed. Reppertor), 2004 (7ª), p. 347, n. m. 58).

(23) Así, a modo de ejemplo, a los efectos del delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 CP), será irrelevante para la unidad delictiva el que sean varios los trabajadores puestos irregularmente en peligro por una misma conducta del sujeto activo (Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», Madrid, Civitas, 1994, pp. 112 ss.).

conducta inicialmente típica y definitivamente lesiva de un bien jurídico es la de que la misma procura la preservación de unos intereses que el ordenamiento considera prevalentes, va de suyo la utilidad para tal ponderación de un concepto que trata de condensar los efectos positivos y negativos de un comportamiento en la realidad social (24). De un modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas penales –de si las mismas protegen un interés legítimo de un modo cualitativamente idóneo, comparativamente mínimo y globalmente ventajoso– en todas las causas de justificación se trata de comprobar que la lesión del bien jurídico imputable al agente no resulta objetivamente indeseable porque era la manera eficaz menos lesiva de salvaguardar unos intereses prevalentes. Y de modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas no se trata de ponderar sólo sus ventajas e inconvenientes más notorios, constituidos en aquel análisis por el bien jurídico y por la pena, sino de realizar una completa ponderación que atienda a «la valoración atenta del peligro, la presencia de efectos colaterales, la existencia de derechos y obligaciones especiales, etc.» (25).

Esta ponderación es especialmente visible en el estado de necesidad (26), pero también en la justificación por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio legítimo de un derecho, en los que o bien el deber y el derecho presuponen una ponderación previa que legitima en todo caso su ejercicio, o bien deben someterse a un nuevo balance de utilidad en relación con los intereses que el ordenamiento considera valiosos. No otro esquema de razonamiento es el que subyace a la legítima defensa y al consentimiento. Si la legítima defensa es valiosa es porque es una acción necesaria de preservación de ciertos bienes de la manera globalmente ventajosa que procura la reacción frente al agresor injusto, con la preservación del ordenamiento y el efecto preventivo que ello supone (27). Lo que supone el consentimiento como exención de

---

(24) De hecho se utiliza el concepto en la expresión de la idea: «las situaciones en las que operan las causas de justificación son situaciones de conflicto, más o menos complejo, de intereses que pueden gráficamente representarse como los dos platos de una balanza en la que se situarían en un lado las ventajas –salvación de bienes jurídicos– y en otra las desventajas –lesión de bienes– de la acción» (MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación», en RDPC, pp. 210 s.).

(25) MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad...», cit. núm. 24, p. 222.

(26) Respecto a la funcionalidad del bien jurídico en relación con la explicación del estado de necesidad, *cf.*, por ejemplo, NINO, «Consideraciones...», cit. núm. 1, pp. 70 s.

(27) Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «también la reafirmación del Derecho frente a agresiones ilícitas es un interés a ponderar en el conflicto, interés que, sumado al de la protección de los bienes del amenazado, forman un conjunto cuyo valor supe-



responsabilidad penal, en fin, es, bien que no se lesionó interés alguno, bien que se estima prevalente la autonomía de la persona que consiente sobre el valor del bien consentidamente lesionado. Lo primero sucederá cuando el bien jurídico no estaba constituido por una realidad objetiva, sino por el ejercicio de unas facultades sobre la misma que no se lesionan, sino que se desarrollan al consentir la conducta ajena (28).

Con independencia, en fin, de la mayor o menor precisión del fundamento de cada causa de justificación, lo que sí deseo destacar, ahora de cara a la defensa de la utilidad del concepto de bien jurídico para la comprensión y para la aplicación de las mismas, es que subyace siempre a dicho fundamento una determinación y ponderación de intereses cuya realización queda facilitada con el recurso al bien jurídico. Como señala Molina Fernández, «la necesidad de crear reglas de justificación sólo surge cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos (...). Las normas de conducta deben formularse prohibiendo, no acciones que provoquen las lesiones de bienes jurídicos *simpliciter*, sino acciones que provoquen un saldo negativo en el conjunto de los intereses afectados» (29).

7. La función de exposición y síntesis que desempeña el bien jurídico no sirve sólo a fines interpretativos. La segunda gran utilidad del concepto es la de facilitar el juicio de coherencia de la realidad protegida con los valores del sistema: conocer si lo protegido es legítimamente protegible. Junto a la función interpretativa es quizás la principal del bien jurídico la de mostrar el fin de protección de la norma para que se pueda cuestionar su justificación a través del principio de proporcionalidad.

---

ra, según el Derecho, al valor de los bienes del agresor que se lesionan mediante la defensa racionalmente necesaria» («El estado de necesidad...», cit. núm. 24, p. 217; también, pp. 229 ss).

(28) La naturaleza dual del consentimiento es hoy mayoritariamente reconocida, lo que «permite a la vez afirmar que el consentimiento representa en ocasiones una ausencia de interés y en otras un interés en conflicto a ponderar con otros. En el primer caso el consentimiento (...) no opera como regla de justificación, sino de atipicidad –en otros términos, no es un presupuesto negativo de la prohibición, sino que directamente excluye la existencia de una acción lesiva (...). En el segundo no tiene que ver con el principio de ausencia de interés, sino con la ponderación de intereses en conflicto: por un lado el bien al que se renuncia que tiene valor en sí, y por otro la voluntad del titular que prepondera en el caso concreto» (MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad...», cit. núm. 24, p. 209).

(29) «El estado de necesidad...», cit. núm. 24, p. 208.



Su utilidad en esta función crítica es parcial, porque parcial es su función expositiva. El bien jurídico transmite cierta información fundamental sobre la norma pero no constituye toda la norma (A) ni su protección agota toda la finalidad de la norma (B). El bien jurídico, sí, expresa el origen y el fin primordial de las normas penales (30). No menos, pero tampoco más.

A) Que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea un delito (31). Fijado el objeto de protección, el agente normativo seleccionará aquellos procesos que pueden y deben ser prevenidos con la norma, lo que le llevará a rechazar, en virtud de los propios valores sociales que informan la formación de la norma, dicho ahora sin mayores matices, los acontecimientos que no constituyan conductas humanas voluntarias; las conductas humanas voluntarias que, aún dañinas para un bien jurídico, sean globalmente valiosas por los beneficios sociales que generan; y las conductas humanas voluntarias y dañinas que no obstante no se estime eficaz o justo penar porque no respondan a un normal ejercicio de la autonomía personal: porque por las características del sujeto, por sus conocimientos o por otras circunstancias se considere como relevante la dificultad del emprendimiento de una conducta inocua alternativa.

B) Tampoco la protección del bien jurídico agota la finalidad de la norma. La norma penal no se crea sólo para proteger un bien a través de la evitación futura de ciertos comportamientos humanos que atentan contra dicho bien. La norma penal, con su poder, con su ropaje institucional, con la maquinaria pública que la hace valer, genera también, en primer lugar, un espacio de confianza que facilita el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. En el caso de los bienes individuales ese espacio está íntimamente vinculado al propio bien jurídico y a las posibilidades de desarrollo vital que están en su base (32). Asimismo

---

(30) Su «eje material» (*Angelpunkt*), según R. HEFENDEHL («Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit., p. 132).

(31) *Vid.* en sentido similar, VON HIRSCH, «Der Rechtsgutsbegriff un das 'Harm Principle'», en AA.VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit., p. 20; ALCÁCER GUIRAO, «¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?», Barcelona (Atelier), 2003, p. 113.

(32) CARRARA hablaba del «daño intelectual» del delito, que consiste en que «por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en la propia seguridad» («Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte generale», I, 1924, 11ª ed., §§ 118 y s., 619 y 621). Señala ALCÁCER GUIRAO, «la lesividad del delito, incluso la de los que atentan contra bienes personales, no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano, sino que

debe apuntarse, en segundo lugar, la finalidad de la norma de protección de otros bienes jurídicos, y entre ellos los del propio agresor, a través de la disuasión de las reacciones violentas que puede provocar el propio delito. La institucionalización de un sistema racional y fiable de represión del delito frena otras reacciones menos racionales en su dirección y en su intensidad, y procura así la protección de bienes del autor del delito y de terceros: más y antes que las propias normas penales que tipifican el correspondiente comportamiento de reacción. Con el linchamiento se termina antes a través de una alternativa pública eficaz que a través de la amenaza de pena para los linchadores.

Ilustrado lo anterior con un ejemplo hipotético. Si en un determinado entorno social no estuvieran penadas las agresiones sexuales, no sólo sucedería que se producirían más, sino también que los ciudadanos se sentirían inseguros, desconfiados, en el establecimiento de relaciones interpersonales y limitarían así su libertad, el desarrollo de su personalidad: muchas personas tenderían a no salir a la calle, o a no salir solas, a tomar medidas de seguridad extraordinarias y costosas, a restringir sus contactos afectivos. Y sucedería además, la sociedad asistiría a violentas reacciones informales contra los agresores o contra los sospechosos de agresión, reacciones probablemente desmesuradas o injustas.

Los fines anteriores de la norma pueden organizarse como un trípole: la protección de bienes jurídicos, la generación de libertad en el disfrute de los bienes jurídicos, y la evitación de la venganza que podría subseguir al delito (la protección de bienes jurídicos frente a la reacción de quien ve lesionados los suyos o los de otros). Más fidedigna resulta la descripción de estos fines como uno principal y dos derivados. Lo que la norma penal pretende es evitar el daño a los bienes jurídicos y evitar los daños subsiguientes a la lesión de bienes jurídicos: la restricción de las facultades en las que los mismos pueden consistir y la represión de nuevos atentados a bienes jurídicos consecuentes al que la norma tipifica como prohibido (33).

---

conlleva también una ulterior –y dependiente de la primera– afección intersubjetiva, consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas, que debe ser tomada en cuenta a la hora de configurar el merecimiento y necesidad de la pena del hecho punible». («¿Lesión de bien jurídico...» cit. núm. 31, p. 94. Añade posteriormente que, «junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma expectativa de seguridad de que esos mismos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas (...). Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad» (p. 122).

(33) Para ALCÁCER GUIRAO entre el fin de protección de bienes jurídicos y el fin de protección de la seguridad respecto a tales intereses «existirá, en principio, una

8. La correcta comprensión del concepto de bien jurídico que se propone requiere que nos detengamos en dos de los rasgos que sustentan su funcionalidad: en su formalidad y en el elemento de inmediatez que incorpora a su definición. El concepto de bien jurídico es un concepto útil porque es un concepto formal y porque expresa, no la finalidad de protección última de la norma, sino el objeto inmediato de protección.

Comienzo por el rasgo de la inmediatez y comienzo con algún ejemplo. El tipo que describe la denegación al sometimiento a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) es un tipo que protege la autoridad, la conducción sobria, la seguridad de la vida y la integridad física de las personas, la vida y la integridad física de las personas, y la dignidad de las personas en cuanto comprensiva de su derecho a la vida y a la integridad física. El tipo de defraudación a la Hacienda Pública (art. 305.1 CP) protege la Hacienda, protege las funciones estatales que posibilita la recaudación tributaria, protege a los ciudadanos beneficiarios de esas funciones estatales, protege el Estado y, singularmente quizás, protege al Estado como Estado social.

Lo que el rasgo de inmediatez del bien jurídico procura es que se considere que los bienes jurídicos de estos dos tipos penales son sólo, respectivamente, la autoridad –la autoridad en el ámbito del tráfico rodado frente a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas– y la Hacienda Pública. Y no más. El bien jurídico selecciona así entre los distintos objetos que pueden quedar simultáneamente amparados por la norma en una misma línea de protección, aquél cuya incolumidad centra el sentido de la norma y merece la atención incondicional del legislador penal. Esto es importante no sólo para la indagación del bien jurídico-penal de los delitos de peligro, que es la seguridad de otro bien, pero no este bien mismo, sino para el estudio de tantos delitos que protegen objetos que en mayor o menor medida sirven instrumentalmente a las necesidades esenciales de la persona.

Si lo que pretende el concepto de bien jurídico es instrumentar la captación de cierta especificidad de la norma relativa a su finalidad,

---

relación de reciprocidad funcional, en la medida en que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. Ello es una primera razón para (...) situar en un rango axiológico superior la protección de bienes jurídicos. Pero hay otra: si bien esa seguridad cognitiva será un factor relevante de cara al aumento de la libertad del ciudadano, lo fundamental para sus intereses será, en todo caso, la efectiva protección de bienes jurídicos: una seguridad material, y no sólo cognitiva, siendo ésta un mero espejismo simbólico –y condenado a la defraudación– sin el efectivo aseguramiento de la indemnidad de los primeros» («¿Lesión de bien jurídico...» cit. núm. 31, cit., p. 122).

para recomponer la norma o para evaluarla, su utilidad se empieza a desvanecer si lo que transmite es una finalidad ulterior –más inespecífica cuanto más ulterior– en la que convergen distintas normas con distintas estrategias o relativas a distintos ámbitos de la actividad humana. No es sólo que el concepto final de bien jurídico sea más impreciso –¿cuán final es el objeto de protección?– sino que nos ofrece una información más imprecisa para las funciones que persigue el concepto. En el camino de lo inmediato a lo final en el objeto de protección perdemos rasgos relevantes para aquellas funciones de comprensión, reajuste y legitimación que impulsaron la generación del concepto de bien jurídico.

Muestra de ello son las consecuencias que tiene la utilización de un concepto final de bien jurídico para el análisis de legitimidad de la norma. La pérdida de especificidad en la transmisión de lo que se protege resta gran parte de su instrumentalidad al concepto en este ámbito. La pérdida del elemento de inmediatez hace que el bien jurídico deje de designar lo que la norma protege y pase a comprender, sólo o también, lo que la norma penal pretende proteger a través de lo que en realidad protege. Obsérvese que hasta los delitos de peligro menos grave y los delitos de peligro presunto podrían aferrarse a un bien jurídico de especial trascendencia para adquirir legitimación. No se entiende, por otra parte, por qué sólo los delitos de peligro despiertan el afán de acercar el bien jurídico penalmente protegido a los intereses individuales y, por lo tanto, la necesidad de indagar más allá del objeto inmediato de protección para el hallazgo de aquél, y no alientan dicha inquietud otros delitos, en los que se reconoce sin más que el bien jurídico es la libertad de competencia, la libertad de precios, el poder ordenador de la Administración en materia de precios, el modelo económico, la seguridad del tráfico mercantil, la solidaridad, la economía nacional o el erario público.

La segunda razón que avala un concepto de bien jurídico referido en exclusiva a la protección inmediata es de corte legal, atinente a la utilización del concepto en el Código Penal: se refiere a las consecuencias aplicativas de la alternativa en la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado, para cuyas regulaciones se vale el legislador de los términos «bien jurídico» y «bien», respectivamente. Si se concibe que el bien jurídico en los delitos de peligro es el bien cuya seguridad se lesiona –por ejemplo, la vida o la integridad física de las personas– o en otros delitos el bien final cuyo bien instrumental se lesiona, resultará entonces que el estado de necesidad devendrá inaplicable al comportamiento típico peligroso, pues éste no «lesionaría el bien jurídico». Piénsese en el ejemplo de quien conduce temeraria-

mente para llevar a un herido grave al hospital. La exención que procura el artículo 20.5ª CP sería aquí inaplicable porque no se habría lesionado el bien jurídico del artículo 381 CP, que sería la vida, la integridad física o la salud de las personas.

Asimismo, de seguirse el concepto propuesto, se ampliaría la exclusión de las reglas del delito continuado para los delitos contra bienes eminentemente personales mucho más allá de lo que parecía pretender el legislador, incluyendo en la excepción, por ejemplo, los delitos de peligro u otros que atacan bienes o instituciones instrumentales: ¿por qué no considerar el patrimonio –o la Hacienda Pública– un bien eminentemente personal?; ¿por qué no entender que el patrimonio personal –o el público– no es un sino, al menos en parte, medio para la alimentación, para la sanidad, para la cultura?

9. Cuando afirmo que el concepto de bien jurídico que se propone es un concepto formal pretendo reseñar que el mismo tiene por contenido una característica puramente externa del objeto referido: la de ser objeto de protección a través de la pena. Debe de nuevo recordarse que en tal formalidad reside la base de la utilidad perseguida de facilitar el conocimiento de la norma, de cada norma, a través de un rasgo principal a la vez genético y final, con independencia de la calificación que pueda merecer la misma desde una perspectiva de calidad. El bien jurídico señala lo que protege la norma que es y nada dice acerca de si es buena tal protección, de si debe pervivir la norma (34).

Si se quiere avanzar en la identificación de los bienes jurídicos a través de la adición de nuevos rasgos (35), ello sólo es posible –sólo es

---

(34) *Vid. infra* punto 10.C.

(35) El bien jurídico se ha definido como «situación o estado de cosas positivamente valorado» (JAKOBS, «Strafrecht...», cit. núm. 7, p. 39, n. m. 12), «valor» (H. JÄGER, «Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten», Stuttgart, Ferdinand Enke, 1957, p. 15; E. J. LAMPE, «Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis», en AA. VV., «Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag», Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 151 ss.; H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, «Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil», Berlín, Duncker & Humblot, 1996, 5ª ed., p. 232; T. LENCKNER, en Schönke-Schröder, «Strafgesetzbuch. Kommentar», Múnich, Beck, 2006, 27ª ed., n. m. 9 previo al § 13), «objeto en su relación con la persona» (M. MARX, «Zur Definition...», cit. núm. 16, p. 67), «posibilidad de participación» (R. P. CALLIESS, «Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat», Francfort, Fischer, 1974, pp. 143 ss.; MIR PUIG, «Objeto del delito», Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, t. XVII, 1982, p. 770), «interés» (F. VON LISZT, «Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enckyklopädie der Rechtswissenschaft», en ZStW, 1888, pp. 133 ss.; K. TIEDEMANN, «Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht», Tubinga, J. C. B. Mohr-Paul Siebeck, 1969, p. 115; W. HASSEMER,

consistente con la definición y con la funcionalidad del concepto— como derivación de características implícitas en la definición y en la teoría que la sustenta. Debe advertirse que esta operación de desarrollo definicional es escasamente útil y relevantemente peligrosa. Es poco útil, porque lo único importante del bien jurídico es que es un objeto —así, con tal genericidad— de protección. Es arriesgada, porque cualquier avance hacia algún rasgo material común de dichos objetos puede ser útil para la comprensión del sentido del sistema penal, pero puede convertirse en un misil en la línea de flotación del concepto, que sustenta su utilidad en su formalidad. Los pasos materiales pueden revertir en contra del concepto, pues podrá suceder que haya objetos de protección penal que escapen a dicho rasgo. Es por ello por lo que los desarrollos de la definición deben adquirir una de las dos siguientes cautelas. O ceñirse a la derivación de rasgos implícitos en la definición formal del concepto, o especificar que se trata de rasgos no definicionales: que suelen concurrir en los bienes jurídicos pero que podrían dejar de hacerlo.

En la primera de las dos líneas de cautela avanzadas cabe señalar que, a partir de la definición del bien jurídico-penal como el objeto inmediato de protección de la norma penal y de la consideración de ésta como una regla de conducta no puramente caprichosa, sino consecuente a una valoración, puede colegirse que la conducta contemplada por la norma como posiblemente delictiva es, desde su perspectiva, una conducta disvaliosa y que el rasgo común de los objetos cuya protección fundamenta la tipificación tiene que estar constituido por la posesión de alguna propiedad valiosa que el ordenamiento desea mantener o producir. De ahí que la lesividad de una conducta consista precisamente en el empeoramiento —o, en ciertos casos, en la no evitación del empeoramiento, o incluso en el no mejoramiento— de la realidad desde una determinada perspectiva axiológica (36). Y de ahí que

---

«Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», en DP, 46/47, 1989, p. 282; G. STRATENWERTH, «Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat», Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymanns, 2004, 5.<sup>a</sup> ed., p. 26, nn. mm. 7 y 8), «unidad de función valiosa» (H. OTTO, «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand», en AA. VV. —ed. H. Müller-Dietz—, «Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik», Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymanns, 1971, p. 8; H. J. RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos...», cit. núm. 12, pp. 342 ss.), «relación social concreta» (H. HORMAZÁBAL, «Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal», Barcelona, PPU, 1991, p. 152), «recurso» (VON HIRSCH, «Der Rechtsgutsbegriff...», cit. núm. 31, p. 16), «condición mínima de convivencia social» (LUZÓN PEÑA, «Alcance y función del Derecho penal», en ADPCP, 1989, p. 32; dichas condiciones «pueden consistir en estados, circunstancias, intereses, valores, relaciones, etc.»).

(36) Y que sea cierto que el cometido del Derecho penal sea «garantizar la permanencia de aquello que tiene valor para la moralidad que se toma como base»

podamos ampliar la caracterización del bien jurídico-penal como una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa, según el criterio de valoración del ordenamiento jurídico-penal. Kindhäuser ha descrito, en este sentido, la lesión de un bien como la manipulación de una realidad portadora de valor, a la que se atribuye una propiedad valiosa relevante, de modo que a la vista de dicha propiedad aquella realidad quede disminuida en su valor (37).

El uso habitual del lenguaje parece confirmar la adscripción al bien jurídico de la característica de constituir una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa. Términos como «libertad», «honor» o «propiedad» son cotidianamente utilizados para hacer referencia a bienes jurídico-penales. Parece patente, sin embargo, que estos sustantivos no designan realidades concretas portadoras de alguna característica valiosa, sino lo que tienen en común múltiples realidades concretas en cuanto portadoras de una propiedad relevantemente valiosa: designan, pues, la propiedad misma (38). Debe recordarse, sin embargo, de nuevo con Kindhäuser, que la necesaria utilización de nombres abstractos para la denominación de los bienes jurídico-penales, pues de comprender los múltiples objetos amenazados por un cierto tipo de conducta se trata (39), no debe inducir a la comprensión de que el objeto de protección está constituido por entidades ideales (40) o por la

---

(W. KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», en AA.VV., «La insostenible situación del Derecho penal», Granada, Comares, 2000, p. 56). Así, «las modalidades de conducta que interesan son ante todo dañosas porque con ellas se lesiona la moralidad jurídico-penal, esto es, la pretensión de valor de los ‘bienes jurídicos’ simbolizada en las normas» (p. 59).

(37) «Gefährdung als Straftat», Francfort (Klostermann), 1989, p. 144. Si el bien es una propiedad valiosa de un derecho o de una norma, continúa este autor, su lesión se produce cuando disminuye su valor en relación con dicha propiedad. Si el bien es una propiedad del hombre, la lesión podrá consistir en una influencia sobre su organismo o sobre su psique cuando la propiedad se refiera a su esencia vital, y en el menoscabo de sus derechos cuando la propiedad se refiera a su condición de persona (p. 145). La protección de los bienes que consistan en propiedades naturales supone así la protección de su existencia; la de los que consisten en propiedades normativas o convencionales, la de su vigencia fáctica (pp. 143 ss.).

(38) *Cfr.* KINDHÄUSER, «Gefährdung...», cit. núm. 37, pp. 138 s. E. MARQUARDT indica gráficamente que los bienes son portadores de valor («Valor y bien jurídico», en «Temas básicos de Derecho penal», Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 56 s.).

(39) En este sentido, Díez Ripollés («El Derecho Penal ante el sexo», Barcelona, Bosch, 1981, p. 106).

(40) Parece difícil de asumir, en este sentido, que «el daño del homicidio radica (...) en el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo» (KARGL, «Protección de bienes jurídicos...», cit. núm. 36, p. 53).



valoración misma (41). Objeto de protección de las normas penales no son meras abstracciones, sino concretas propiedades de concretas realidades portadoras de valor (42). Son, mejor expresado, concretas realidades en cuanto portadoras de una propiedad (43). De hecho lo que se tipifican son conductas efectiva y directamente transformadoras de la realidad y no, por ejemplo, en cada caso, también las apologéticas de un cambio de valores (44). La tarea penal consiste en la protección de determinada configuración de la realidad, de la vida social, conforme a ciertos valores. La protección de la conservación del valor de la configuración de la vida social –*rectius*: la preservación de determinadas realidades valiosas– motiva la discriminación de ciertas conductas y su coactivo desaliento a través de la amenaza y la imposición de la pena, que sirve además de aliento y reafirmación del ejercicio vital conforme al ordenamiento. Es este mecanismo de la amenaza condicional, y por lo tanto pro futuro, pero confirmada en quien en el pasado cumplió la condición de la que pendía la imposición del mal, el que hace que las normas pretendan «controlar el futuro desde el pasado» (45).

10. De la definición que propongo de bien jurídico se derivan, entre otras, las tres siguientes consecuencias: toda norma penal protege un bien jurídico (A); la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico (B); el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma (C).

---

(41) Pues «desde la perspectiva del bien jurídico no se atiende directamente a la norma jurídica; esto es, a la valoración de la realidad social, sino a la realidad social valorada» (ALCÁ CER GUIRAO, «¿Lesión de bien jurídico...» cit. núm. 31, p. 88).

(42) ALCÁ CER GUIRAO, («¿Lesión de bien jurídico...» cit. núm. 31, p. 144, n. 24. SUHR estima posible la utilización de la expresión tanto para denominar el concepto ideal como sus consecuencias («Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht», en JA, 1990, p. 306 y s.). ESCRIVÁ GREGORI indica que «la razón de protección de la ley no es una mera abstracción, sino la protección de cada uno de los bienes que pueden resultar afectados concretamente» («La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho penal», Barcelona –Bosch–, 1976, p. 43).

(43) Creo que es en tal sentido en el que puede afirmarse que «el Derecho penal impide la realización de actos que vengan a negar los valores tenidos como tales por el Derecho» (CARBONELL MATEU, «Derecho penal: Concepto y principios constitucionales», Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 3ª ed., p. 33).

(44) Por ello lo que nos preocupa de un homicidio no es «el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo» (KARGL, «Protección de bienes jurídicos...», cit. núm. 36, p. 53) sino que ese menosprecio se «consolide» en una consecuente alteración de la realidad.

(45) KARGL, «Protección de bienes jurídicos...», cit. núm. 36, p. 61.



A) Toda norma penal protege un bien jurídico y todo delito –antes: toda conducta típica– supone la lesión de un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por distintas normas penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien (46). Desde esta óptica no puede denominarse un principio, que como tal contiene un deber ser, como «de exclusiva protección de bienes jurídicos», que expresa un necesario ser de la norma (47). Creo que el contenido del principio se transmite adecuadamente con la expresión «principio de exclusiva protección de bienes legítimos» o, mejor, con la expresión «principio de lesividad».

La mayor o menor dificultad en la determinación del bien, con la que habrá de enfrentarse la hermenéutica, o su mayor o menor efabilidad, de la que dará cuenta la semántica, o su mayor o menor valor, del que se ocupará la política criminal, no deben confundirse con la propia existencia de un bien protegido, que podrá consistir en la existencia de una realidad natural, en la vigencia fáctica de una norma o de un dere-

---

(46) Como afirma NINO, «todo delito lesiona un bien jurídico», de modo que «no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido» («Consideraciones...», cit. núm. 1, p. 56). En sentido similar: A. PAGLIARO («Bene giuridico e interpretazione della legge penale», en AA. VV., «Studi in onore de F. Antolisei», 1965, p. 393, n. 8); E. W. HANACK («Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?», Múnich –C.H. Beck–, 1968, p. 32). En contra, sin embargo, POLAINO NAVARRETE («El bien jurídico...», cit. núm. 2, pp. 57, 303, 307 y 349 ss.), RUDOLPHI («Los diferentes aspectos...», cit. núm. 12, p. 336), ROXIN («Sentido y límites de la pena estatal», en «Problemas básicos del Derecho Penal», Madrid, Reus, 1976, p. 23; «Strafrecht...», cit. núm. 12, pp. 15 s.) y JAKOBS («Strafrecht...», cit. núm. 7, pp. 41 ss., nn. mm. 16 ss.).

(47) En relación con este principio, vid.: JÄGER, «Strafgesetzbuch...», cit. núm. 35, pp. 6 ss. y 121 ss.; POLAINO NAVARRETE, «El bien jurídico...», cit. núm. 2, p. 357; ROXIN, «Sentido y límites...», cit. núm. 46, pp. 23 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho penal. Parte general», Madrid (Civitas), 1978, pp. 52 s.; LUZÓN PEÑA, «Curso de Derecho Penal. Parte General I», Madrid (Universitas), 1996, p. 82; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Sobre el concepto de Derecho Penal», Madrid (Universidad Complutense), 1981, pp. 336 ss.; MIR PUIG, «Derecho Penal...», cit. núm. 22, pp. 128 ss. Tras advertir que el principio puede parecer tautológico (p. 69) añade OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que dicha impresión es falsa, «pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados 'bienes jurídicos'. En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de 'bien jurídico' en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal» («Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», en *ADPCP*, 1990, p. 7).

cho, en el funcionamiento de una institución, en la vigencia fáctica de una concepción moral, en el respeto a un símbolo, o incluso en la mera regularidad de una conducta. Si el bien jurídico es lo inmediatamente protegido por la norma penal, protegida puede ser cualquier cualidad de la realidad cuyo sostenimiento o disminución sea imputable a aquello de lo que se ocupa el Derecho, que es el comportamiento humano.

B) Una conducta sólo será típica si le es objetivamente imputable la lesión de un bien jurídico. Tal conducta podrá consistir en una activa transformación negativa de la realidad (por ejemplo, el secretario del Ministro se apodera del dinero público que se encontraba en la caja fuerte del Ministerio); o en no impedir una transformación negativa de la realidad (el Ministro permite la conducta de su secretario); o en no procurar una transformación positiva de la realidad (el contribuyente no paga a Hacienda). La idea de bien jurídico introduce en todo tipo penal una cierta clase de resultado que permite incorporar a todos los tipos penales la ponderación de libertades y las garantías de justicia que están detrás de los contenidos de la imputación objetiva del resultado a la conducta.

C) El bien jurídico no es más que un instrumento dogmático ideado para transmitir sintéticamente el objeto inmediato de protección de la norma penal. Sus utilidades residen en las que procura tal comprensión sintética y fidedigna de lo protegido (48). De una manera comunicativamente sencilla el bien jurídico expresa el interés que genera la norma penal y que resume lo esencial de su fin de protección. Presupuesto de la utilidad es pues su capacidad de síntesis y su identificación con lo protegido por la norma —que no se produce, según he señalado ya, cuando el bien jurídico se utiliza para nombrar lo que se debería proteger o lo que se desea proteger en última instancia tras lo que en realidad se protege—.

El concepto de bien jurídico se limita así a transmitir lo que es y nada dice acerca de lo que debe ser, por lo que no sirve *per se* para la crítica de la norma o para su anulación. La crítica a la norma no puede

---

(48) Capacidad de síntesis de la que carecen otros conceptos formales que giran en torno a la idea de fin o de interés del legislador o de la norma, o a la de objeto de protección, sin más matices. Obsérvese que, como afirma PAGLIARO, junto al interés central tutelado, encontramos también «valoraciones de tipo ético e incluso consideraciones generales en el tema de la función de la pena, de la certeza del Derecho, de oportunidad, y otras consideraciones del mismo estilo» que exigen una limitación del concepto de bien jurídico al «momento central» del fin de una proposición normativa («Bene giuridico...», cit. núm. 46, p. 393, n. 5).

hacerse sin más con lo que la norma dice, que no es sino el objeto de la crítica. Para evaluar el sistema están los valores y los principios, cuya eficacia va a depender de que queden positivizados y de que existan mecanismos jurídicos para hacerlos valer. El bien jurídico es un concepto formal, valorativamente neutro, que transmite la decisión del legislador, pero que nada dice acerca de si la misma es una buena decisión: si existen buenas razones para la pena. El bien jurídico, sí, ayudará al análisis crítico de la norma en cuanto que ayuda a su descripción, pero carece en sí mismo de toda disposición crítica en relación con lo descrito. Tan bien jurídico puede ser la vida como la pureza de la raza, y no lo es más uno u otro, ni por ello puede el bien jurídico servir en sí como factor de anulación de la norma que prohíba los matrimonios interraciales, que no dependerá de que tenga o no bien jurídico, sino de que tenga un «buen» bien jurídico desde la perspectiva valorativa del sistema: de que pueda considerarse constitucionalmente como bien lo que el normador estima como tal.

11. No quiero terminar este esbozo de una teoría del bien jurídico sin destacar que la misma es una teoría acerca del fin de la norma penal y una teoría acerca de la lesividad del delito que no es ni incompatible ni sustituible por las teorías que sitúan la esencia del delito en la infracción de normas o en la infracción de deberes, o que hacen recaer la finalidad de la norma penal en el mantenimiento de la vigencia de las normas de conducta a las que se refiere la norma penal o en la confianza en dicho mantenimiento. Qué duda cabe que un delito supone tanto la lesión de un bien jurídico como la quiebra de una norma y la infracción de un deber. Qué duda cabe que el fin de la norma penal es tanto la protección de bienes como el mantenimiento de ciertas pautas normativas, de ciertos modelos de conducta. Y qué duda cabe que el fin del Derecho Penal es también generar confianza, seguridad, a través de la protección de bienes jurídicos y de la vigencia de las pautas normativas básicas.

Pero que sean tesis correctas en la definición del delito o en la comprensión de la norma penal no supone que sean tesis sustituibles. Como ha mostrado en la doctrina española Alcácer Guirao, la idea del bien jurídico, en cuanto atiende a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor, desempeña funciones que no puede desempeñar la teoría del delito como quiebra de normas de organización (49). Está además en juego una cuestión de énfasis y de incisi-

---

(49) La primera radica en la derivación del concepto de peligro, «que permite la determinación de la lesividad de la acción en la decisión en el caso concreto, y una

vidad en el entendimiento de la misión del Derecho Penal. Si la idea de bien jurídico acentúa la lesividad del comportamiento delictivo en cuanto transformador negativo de la realidad social, la de la norma de comportamiento incide en el carácter transgresor de la conducta; si la idea de bien jurídico transmite la razón de la pauta normativa que se quiere mantener, la idea de la norma de comportamiento se detiene en la pauta normativa en sí (50). Señala Mir Puig que «situar los intereses

---

contrastación de los diferentes grados posibles de afección al bien jurídico, lo que imprime, frente a la opción alternativa», la de quebrantamiento de la vigencia de las normas, «un componente de racionalidad y seguridad jurídica». Además, en segundo lugar, «permite establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de desvaloración jurídico-penal, a partir de la diferenciación entre el desvalor de acción, que engloba el peligro para el bien jurídico desde la perspectiva del agente (...), y el desvalor del resultado, que plasma la efectiva lesión del bien jurídico, configurando con ello la situación última que el Derecho penal desea, en última instancia, evitar». El concepto de delito como lesión de un bien jurídico permite, en tercer lugar, «desnormativizar» el referente de lo lesivo», lo que permitirá «una 'objetivación' social de la genérica lesión al ordenamiento (...) un referente de imputación tanto objetiva como subjetiva (...) y una mayor seguridad jurídica en la labor probatoria de los tribunales». La concreción de lo protegido en bienes jurídicos permite, en cuarto lugar, «una más fácil jerarquización valorativa de los intereses de protección, lo que resultará esencial para dirimir los conflictos de intereses en que se basa el juicio concreto de antijuridicidad en relación con las causas de justificación» Asimismo, finalmente, «el criterio del peligro imprimirá también una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínimo de lesividad para considerarse a la conducta merecedora de pena» («¿Lesión de bien jurídico...», cit. núm. 31, pp. 116 ss.). Al respecto v. supra puntos 6 y 7.

(50) Valga como ejemplo la tesis de KARGL de que «el juicio de dañosidad no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse» («Protección de bienes jurídicos...», cit. núm. 36, p. 54). Afirma GIMBERNAT ORDEIG que naturalmente que el Derecho Penal pretende «confirmar la validez de las normas, pero esa confirmación de la validez de la norma como tal no nos dice nada sobre cuál es (o, al menos, debería ser) el contenido de ésta cuando de lo que se trata es de las normas jurídicopenales: si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, es decir: algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado de Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)» (prólogo al libro de Alcácer Guirao, Rafael; «¿Lesión de bien jurídico...», cit. núm. 31, pp. 12 s.). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA señala, en fin, que «el principio del bien jurídico no sólo aporta un criterio material decisivo para la interpretación y construcción de la teoría del bien jurídico (...) sino todo un modelo o paradigma de Derecho penal que se autoconcibe como ordenamiento protector y garante de intereses básicos para la convivencia, y no como mero orden imperativista, regulador de las voluntades individuales» («Derecho penal: Introducción», Madrid, Universidad Complutense, 2006, 4ª, p. 548).

de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos ... enfatiza la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas»; por el contrario, erigir las normas jurídicas “en el objeto último de protección por parte del Derecho penal ... supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática» (51).

### III. TEORÍA DE LO PROTEGIBLE

12. Hasta aquí he escrito acerca de un instrumento dogmático y he intentado desarrollar una teoría dogmática: la del bien jurídico. Bien diferente en su carácter y en sus ambiciones es la teoría de lo protegible, que es una teoría política: una teoría acerca de cómo deberíamos organizar la sociedad en alguno de sus aspectos, de cómo deberían ser las cosas a partir de un determinado punto valorativo de partida, que a su vez debe ser teorizado. Lo jurídicamente protegible, lo penalmente protegible, es lo jurídica o penalmente protegible según un determinado presupuesto axiológico de partida, por mucho que éste se dé frecuentemente por supuesto.

En lo que sigue pretendo esbozar una indagación acerca de lo protegible en un Estado que pretende una legitimación democrática (52). Este criterio de legitimidad es un criterio liberal e igualitario: parte de la idea de la autonomía moral igual de la persona –de su individualidad y de su igual capacidad para valorar y para decidir según sus valoraciones–. A

---

(51) «Límites del normativismo en Derecho Penal», en AA. VV., «Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo», Madrid (Thomson-Civitas), 2005, pp. 678 y 679.

(52) El criterio democrático de legitimidad constituye hoy un parámetro casi unánime en los intentos de legitimación de cualquier modelo de organización política. Se debate en torno a su contenido pero prácticamente nadie cuestiona su virtud. Como afirma ALF ROSS en su prefacio a la obra «¿Por qué democracia?», «de hecho, todos pretendemos ser demócratas» (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 11). A los efectos de este trabajo baste con citar dos poderosas ideas justificativas de la democracia: la que la sustenta sobre el valor de la libertad (por todos, N. BOBBIO, «¿Qué socialismo?», Barcelona, Plaza & Janés, 1986, p. 131; H. KELSEN, «¿Qué es la justicia?», México, Fontamara, 1992, 3ª, pp. 34, 77 y s., 82 s.;) y la que destaca su valor epistemológico para la determinación de las decisiones más justas (por todos, C. S. NINO, «La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia», en *Análisis Filosófico*, VI, 1986, 2, *passim*; J. RAWLS, «Sobre las libertades», Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1990, pp. 86 ss.).

partir de dicha idea cabe acordar, sin mayores concreciones, matices ni desarrollos ahora (53), que el sistema se justifica por el criterio de decisión mayoritaria para las decisiones colectivas –por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la toma de decisiones–, en primer lugar; por las libertades de información, expresión y participación respecto a los asuntos de interés público –por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la información de lo público–, en segundo; y por el respeto a la autonomía personal, al modo que cada persona tenga a bien entender y organizar su vida, al modo en que quiera buscar su plenitud, su enriquecimiento personal o su sosiego (54).

Es esta prioridad de la libertad la que hace que el sistema vea con antipatía las normas sancionadoras, y significativamente las penales, como expresión máxima de la coerción estatal (55). La pena es así un cuerpo extraño en el sistema, un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera sólo, precisamente, por su utilidad a la libertad. Toda norma penal debe ser así una norma *duplex*, de efectos duales de sentido opuesto. Mientras que una de las caras de este peculiar Jano es naturalmente coactiva, la otra busca legitimarse por su servicio a la libertad (56). Pues bien: en estos casos de actividades públicas a la vez positivas y negativas en términos de valor, el análisis racional de legitimación es el que procura el principio de proporcionalidad. Partiendo de esta naturaleza de *norma duplex*, la norma penal será legítima si es positiva (si persigue un bien legítimo y de un modo posible), si reduce al máximo su componente negativo (si es mínima) y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

---

(53) Concreciones, matices y desarrollos que conducen de un consenso muy amplio en torno a estos trazos básicos a una mayor conflictividad y discutibilidad. Surgen lo que RAWLS denomina *burdens of judgement*, constituidos por la complejidad de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso y por la dificultad de sopesarlas adecuadamente; por la vaguedad de los conceptos políticos y morales que utilizamos en el discurso; por la relatividad de la evaluación de las evidencias y valores, dependientes de nuestra propia experiencia vital; por la dificultad de sopesar consideraciones normativas contrapuestas en torno a una misma cuestión; por la dificultad propia de la toma de decisiones últimas en los dilemas valorativos («Political Liberalism», Nueva Cork, Columbia University Press, 1993, pp. 54 ss.).

(54) Para lo anterior, por todos, ELÍAS DÍAZ, «De la maldad estatal y la soberanía popular», Madrid (Debate), 1984, pp. 59 s., 116 y 142 s.

(55) De ahí que «deba interpretarse toda la actividad punitiva del Estado con el principio *restringenda sunt odiosa*; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad» (CARBONELL MATEU, «Derecho penal...», cit. núm. 43, p. 200).

(56) Como afirma gráficamente FEIJOO SÁNCHEZ, «la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de libertades y crea libertad» («El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995», Madrid –Colex–, 1997, p. 70).

13. La teoría de la proporcionalidad (57) constituye una teoría política acerca de lo que puede legítimamente protegerse a través de la pena y acerca también de la intensidad que puede desplegar dicha protección. La esencia del principio es, en su racionalidad, como se anunciaba en el punto anterior, relativamente sencilla. Partiendo del valor de la libertad y partiendo de que la norma penal es un instrumento coactivo, antiliberal, su legitimación pasa por la generación de más libertad que la libertad que se sacrifica, en primer lugar, y, en segundo, por la necesidad de este sacrificio: por el carácter mínimo de este sacrificio en comparación con otras estrategias posibles de protección del ámbito de libertad en cuestión (58). La norma penal ha de ser así no sólo ventajosa sino la más ventajosa de las alternativas posibles. Se trata, en palabras del profesor Carbonell, de «garantizar el máximo de libertad posible con las menos injerencias posibles» (59).

El principio de proporcionalidad es así la clave para la conformación de un Derecho Penal reducido a lo estrictamente necesario y ventajoso en la protección de la libertad, de la autonomía personal de los ciudadanos (60). Organiza y hace más comprensibles en el marco

---

(57) Al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal», *La Ley*, 1994, 4; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 175 a 189; VON HIRSCH; «Censurar y castigar», Madrid (Trotta), 1998; AGUADO CORREA, «El principio de proporcionalidad en Derecho Penal», Madrid (Edersa), 1999; GONZÁLEZ BEILFUSS, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Pamplona (Aranzadi), 2003; BERNAL PULIDO, «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales», Madrid (CEPC), 2005 (2ª); LOPERA MESA, «Principio de proporcionalidad y ley penal», Madrid (CEPC), 2006.

(58) *Vid.* al respecto MIR PUIG, «Límites del normativismo...», cit. núm. 51, pp. 678 y 679. La conexión entre libertad como valor y proporcionalidad como principio es destacada por COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN («Derecho Penal. Parte general», Valencia –Tirant lo Blanch–, 1999 – 5ª ed., p. 82). Utilizando las palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA para el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad trataría de «verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: la pena» («Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del ‘Ius Puniendi’», en AA. VV., «Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero», Córdoba, 1996, p. 249).

(59) CARBONELL MATEU, «Derecho penal: concepto...», cit. núm. 43, pp. 199 y 202.

(60) Para STERNBERG-LIEBEN, el principio de proporcionalidad se sitúa en el centro de la argumentación sobre la legitimidad de la expansión del Derecho penal «Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 74). También, BUNZEL acentúa que el principio de proporcionalidad constituye el límite primario del Derecho penal material («Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze



constitucional los tradicionales principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* e intervención mínima, y reivindica que lo propio de una sociedad democrática es una comprensión tendencialmente mínima del Derecho penal. La ordenación analítica del principio, la razonable protección de la libertad, depara dos condiciones y dos presupuestos. Una norma penal resulta proporcionada si no puede ser eficazmente sustituida por una intervención menos contundente (B), y si, además, bien mirado lo que salva y lo que sacrifica, no resulta una norma más coactiva que liberadora (A). Presupuestos de este balance positivo son los de que la norma pretenda proteger un bien legítimo (D) y pueda hacerlo (C) (61).

A) La primera condición, y la más intuitiva como condición de proporcionalidad, es la que se suele analizar en último lugar: que se trate de una protección ventajosa, que depare más libertad que la libertad anegada por la prohibición y por la pena.

Es muy importante enfatizar el carácter global de este balance valorativo. El análisis comparativo interno de la norma debe computar todas las ventajas e inconvenientes de la norma (62). Los costes que importan de la norma son todos. No sólo la cantidad y calidad de la pena, sino también el reproche que comporta la misma (63), la pérdida de auto-

---

des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 96). Para BÖSE, como los límites constitucionales específicamente penales no se derivan de los concretos derechos fundamentales, es el principio de proporcionalidad la base para una limitación de la intervención del Derecho Penal («Grundrechte und Strafrecht als 'Zwangrecht'», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 91).

(61) Presupuestos que remiten a las condiciones que señalaba M. E. MAYER para la justificación de la protección penal: que se trate de un bien digno de protección (Schutzwürdigkeit), necesitado de protección (Schutzbedürftigkeit) y con capacidad de ser protegido (Schutzfähigkeit) («Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts», Heidelberg, Carl Winters, 1923, 2ª ed., pp. 22 ss.).

(62) Señala A. ROSS «que la cuestión acerca de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas; es decir, atendiendo a los beneficios sociales que se atribuyen a la incriminación legal, balanceados con sus desventajas sociales y de cualquier otra índole. Más concretamente, hay que evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su actitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella puede producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario» («La finalidad del castigo», en AA. VV., «Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja», Astrea –Buenos Aires–, 1976, n. 17, pp. 173 s.).

(63) Señala ROSS que el reproche «no es simplemente un juicio moral que se formula acerca de alguien. Es a la vez, y en sí mismo, una sanción; el reproche produce sufrimiento, o por lo menos cierto desagrado a la persona contra quien va dirigido.



mía que supone la prohibición en sí, y los costes indirectos que generan la administración policial, judicial y penitenciaria. Sólo a partir del cómputo de la prohibición en sí se entienden las restricciones a la punición de las omisiones; sólo a partir del cómputo de otros costes se entiende que, por su proximidad al ejercicio de derechos fundamentales, sea tan baja la pena de la injuria; sólo si se computan como costes los de administración de la pena se entenderán algunos de los poderosos argumentos que se esgrimen a favor de la despenalización del tráfico de drogas, que tiene directa o indirectamente ocupado a buena parte del aparato policial, judicial y penitenciario. Y sólo a partir de esta globalidad, aplicada ahora al siguiente juicio de proporcionalidad –el de protección mínima– se entiende, por ejemplo, que no sustituyamos las penas de prisión por la vigilancia permanente domiciliaria: porque el balance que demarca ésta es peor, más negativo, si se toman en cuenta sus enormes costes económicos –¿cuántos policías por preso?–, además de sus menores efectos preventivos –de la menor afflictividad de estar encerrado en casa respecto a estarlo en la cárcel (64)–.

Si éstos son los costes básicos de una norma penal, su beneficio esencial radica en la protección que provee a un bien jurídico. El beneficio que genera la norma será mayor cuanto más valioso sea el bien y cuanta mayor protección se le dispense (65). Respecto a la cuantificación del valor de un bien resultan muy sugestivas las reflexiones de Von Hirsch en torno a la idea de los niveles de calidad de vida de una persona –subsistencia, mínima, adecuada, intensa– (66) y la de Feinberg, muy ligada al principio

---

Cuando se causa al transgresor un sufrimiento adicional en la forma de castigo en sentido jurídico, ese sufrimiento adicional puede ser entendido como que se lo pide, tanto por los miembros de la comunidad como por el transgresor mismo, como una ampliación de la hostilidad ya transmitida en la expresión de desaprobación» («La finalidad...», cit. núm. 62, p. 157). V. también LAGODNY, «Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 84.

(64) Con un curioso y riguroso estudio, tres economistas, LAWRENCE KATZ, ELLEN SHUSTOROVICH y STEVEN D. LEVITT muestran la relación estadística entre las malas condiciones carcelarias y el efecto disuasorio de la pena de prisión («Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence» *American Law and Economics Review*, 2003, 5, 2, pp. 318 a 43).

(65) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA reseña que no debe ponderarse sólo «la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etc); sino, también, la gravedad extrínseca de aquél, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia» («Derecho penal...», cit. núm. 50, p. 582).

(66) «Censurar...», cit. núm. 57, p. 65.

de autonomía, acerca de que el daño a un bien dependerá de las opciones vitales que queden anegadas, tesis que ilustra con el símil del sistema ferroviario: el daño al sistema por el daño a una vía es mayor cuantos mayores destinos queden suprimidos, sea directamente, sea por conexión (67).

B) La segunda condición no compara lo que la norma gana con lo que la norma pierde, sino que coteja la norma con otras normas hipotéticas: sólo será proporcionada la norma si la protección que depara no puede ser sustituida eficazmente por una norma de menor intensidad coactiva (68). Esto es lo que habitualmente denominamos principio de necesidad, o de subsidiariedad, o de intervención mínima, o de *ultima ratio*. Su formulación clásica, relativa a que no deberá imponerse una concreta pena –significativamente una pena privativa de libertad– si la misma puede ser eficazmente sustituida por una pena menor –significativamente una pena no privativa de libertad–, que antes de acudir al Derecho penal para solucionar un conflicto penal debe intentarse el recurso a sanciones no penales, y que ni siquiera es legítimo el recurso a las sanciones no penales si el problema puede solventarse con medidas no sancionadoras, sólo resulta admisible como directriz. Por usual que resulte lo contrario, puede suceder que medidas no sancionadoras sean más coactivas que las sancionadoras y que medidas sancionadoras no penales sean más incisivas en la libertad del individuo que las penales: puede ser que la expulsión del territorio sea más gravosa que una pena breve de prisión, y que la sanción penal por la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia sea menos gravosa que la compulsión directa por los agentes de policía para la realización de dicha prueba. Desde una perspectiva global, el recurso a la sanción, penal o no, para quien se desvíe de la norma, puede deparar una organización social mejor, más libre, que la realización de complejos controles o medidas que eviten la desviación. Con el intrusismo, por ejemplo, se podría terminar prescindiendo de la sanción penal, pero sometiendo a complejos sistemas de acreditación cada acto profesional (69); la Hacienda Pública podría quedar mejor preser-

---

(67) «Harm to others. The moral limits of the criminal law», Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 206 ss.

(68) Esta es la formulación de BERNAL PULIDO: «De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto» («El principio de proporcionalidad...», cit. núm. 57, p. 734).

(69) Así, en general en relación con los sistemas preventivos de control, Böse («Grundrechte...», cit. núm. 60, p. 94).

vada con un sistema directo y general de inspección directa a cada contribuyente que con un sistema de autoliquidación sometido a la sanción del mentiroso.

Tanto de este análisis acerca del carácter mínimo de la protección como del anterior en torno a su carácter ventajoso se intuirá ya que su principal obstáculo es lo poco que sabemos acerca de los efectos de la norma penal, de cómo y cuánto previene la comisión de delitos y, en consecuencia, de qué efectos tienen las alteraciones cuantitativas o cualitativas de la pena en la prevención de delitos (70). Esta ignorancia pone sin duda pies de barro al análisis de proporcionalidad, llama a la prudencia en su ejercicio y lo convierte en un juicio menos empírico que de racionalidad en torno al comportamiento humano.

C) No hay ganancia en términos de libertad si, a pesar de que la norma penal tenga una aspiración valiosa, lo que no hay es funcionalidad: si la pena pretende proteger un espacio de libertad, sí, o un presupuesto del mismo, pero de un modo imposible, cualitativamente inidóneo. Puede pensarse, en primer lugar, que, por obvia, sobra toda consideración sobre la aptitud protectora de bienes de las normas penales. Puede pensarse que, en cuanto mal amenazante a través de un aparato estatal creíble en su disposición a cumplir la amenaza, la pena lleva en su seno capacidad preventiva: intimidará a potenciales delincuentes, castigará y hará así innecesario otro castigo informal, transmitirá fácticamente ciertas valoraciones, reforzará el presupuesto y la racionalidad del seguimiento de la prohibición. De hecho, si la resocialización del penado es la única de las funciones básicas de la pena que menciona la Constitución como de obligada persecución es precisamente porque es la única que no es consustancial a la pena.

En casos excepcionales, sin embargo, la pena podrá dejar de ser instrumental por su insuficiencia afflictiva relativa, comparado el mal que supone la pena con lo que el destinatario de la misma pretende ganar con la quiebra de la prohibición, argumento éste que se ha barajado, por ejemplo, respecto a la punición de determinados supuestos de aborto. Si tal cosa sucediera y si por razones de proporcionalidad estricta la pena no pudiera ser superior, estaríamos ante un paradójico supuesto de desproporción de la pena debida a su baja intensidad: a que la misma supone una coacción leve pero al fin y al cabo inútil y a que la sociedad estaría mejor si prescinde de tal norma penal.

---

(70) *Vid.* al respecto, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Derecho penal...», cit. núm. 50, pp. 324 ss., que alerta sobre «la imperiosa necesidad de verificar empíricamente la efectividad real del castigo».

D) Pero al punto al que quería llegar con esta aproximación al principio de proporcionalidad es al del primero de sus presupuestos lógicos. No hay balance positivo si no hay ganancia: si la norma penal no protege un bien protegible; si no cabe considerar la conducta delictiva como lesiva. La exigencia de la legitimidad del bien protegido, de la lesividad de la conducta, es así una exigencia derivada del principio de proporcionalidad (71), derivado a su vez de la inserción de la norma penal en un sistema de libertades. Esta ubicación de la teoría de lo protegible explica la génesis del postulado de lesividad y le da fuerza positiva, raigambre constitucional. De hecho el Tribunal Constitucional descarta «toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» [SSTC 55/1996, FJ 7; y 161/1997; FJ 10; 136/1999, FJ 23 (72)].

14. Pero tras su ubicación en la teoría de la proporcionalidad centémonos de nuevo en la segunda pregunta básica que alienta este trabajo: en la respuesta acerca de lo democráticamente protegible, acerca de qué conductas pueden estimarse legítimamente lesivas en un Estado democrático.

La respuesta parte de los valores que están en la base del criterio de legitimación. Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas (73).

---

(71) HASSEMER señala que en su variante negativa el principio de protección de bienes jurídicos se adecua sin fisuras a la tradición jurídico-constitucional de la prohibición de exceso («Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?»), en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 61).

(72) También en AATC 233/2004, FJ 3; 395/2004, FJ 2; 332/2005, FJ 3.

(73) A este respecto resulta interesante la gráfica, aunque imprecisa relación de FEINBERG de los «requisitos básicos del bienestar del ser humano» (*welfare interests*), constituidos por el interés en continuar con vida, y por los intereses en la propia salud física y el vigor, la integridad y el normal funcionamiento del cuerpo, la ausencia de un dolor o sufrimiento absorbente o de una desfiguración grotesca, una agudeza intelectual mínima, la estabilidad emocional, la ausencia de resentimiento y ansiedad infundados, la capacidad de participar normalmente en la vida social y de disfrutar y

El punto de partida para la determinación de lo protegible es, pues, la defensa de la libertad individual y de las instituciones que la amparan y la promueven. La autonomía personal cede a través de normas coactivas que utilizan incluso la privación de la libertad deambulatoria del individuo para proveer una mayor nivel de autonomía personal. Es la propia lógica de la coexistencia y de la ponderación de libertades como objeto de protección la que hace que no pueda en absoluto configurarse como parte de la autonomía de una persona la posibilidad de condicionar la libertad de otras personas autónomas cuando esta libertad no afecta a su ámbito de intereses, a su círculo de organización. A tal efecto supondría una perversión del sistema el considerar que afecta a la autonomía de una persona el solo hecho de que otras personas utilicen su libertad de un modo que a dicha persona le resulta inadecuado o incluso gravemente negativo desde su perspectiva moral, también si le genera malestar o hiere su particular sensibilidad. Piénsese en el ejemplo de quienes sufren con cómo visten, comen o se peinan los demás, o en el ejemplo menos trivial, y castigado penalmente en épocas no muy lejanas, de las personas que reprueban ciertas prácticas sexuales de terceros a pesar de que son libremente aceptadas por los practicantes.

No puede restringirse la autonomía personal por lo que no puede considerarse seriamente como parte de la autonomía de terceros, so pena de incurrir en una grave reducción global de la libertad de los ciu-

---

mantener amistades, un mínimo de ingresos y de seguridad financiera, un medio físico y social tolerable, y un cierto ámbito de libertad libre de coerción y de interferencias («Harm to others...», cit. núm. 67, p. 37). Más sistemática es la clásica propuesta de RAWLS en torno a los bienes primarios, que divide en cinco categorías: «las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.): estas libertades constituyen las condiciones institucionales de fondo necesarias para el desarrollo y pleno ejercicio informado de las dos potestades morales» (la capacidad de ser racional y de ser razonable) y «para la protección de una amplia gama de concepciones determinadas de lo bueno»; «la libertad de movimiento y libre ocupación frente a un trasfondo de diversas oportunidades: estas oportunidades permiten la prosecución de diversas metas finales y dan efecto a una decisión de revisarlas y cambiarlas»; «potestades y prerrogativas de cargos y puestos de responsabilidad: éstas dejan espacio a las diversas capacidades de autogobierno y capacidades sociales de la persona»; «ingresos y riqueza, concebidos en términos amplios como medios generales (con valor de cambio)»; «las bases sociales del respeto a uno mismo: estas bases son aquellos aspectos de las instituciones básicas normalmente esenciales para que los ciudadanos tengan un auténtico sentido de su valía personal y sean capaces de desarrollar y ejercer sus potestades morales y proseguir sus fines y metas con confianza en sí mismos» («Sobre las libertades», cit. núm. 52, pp. 52 ss.). Con una sistemática distinta, VON HIRSCH refiere del siguiente modo «los diversos intereses que acostumbran a resultar afectados por un delito (...): 1) la integridad física, 2) medios materiales y comodidades, 3) integridad personal y 4) privacidad» («Censurar...», cit. núm. 57, p. 64).

dadanos. Esta aseveración conduce a las clásicas pero también candentes cuestiones acerca de si se pueden proteger penalmente los sentimientos y de si los objetos protegibles pueden ir más allá de las personas sin caer en un tipo de moralismo incompatible con la raíz moral del sistema. Piénsese para lo primero en los ejemplos relativos a la punición de la negación de la comisión de genocidios, o de las blasfemias absolutas, o de los ultrajes a la nación y a sus símbolos, y para lo segundo, en la punición del maltrato cruel de ciertos animales (74).

15. La pregunta por la protección de los sentimientos no es en rigor la de si los mismos pueden protegerse, pues se protegerán casi siempre de la mano de la protección de los bienes cuya pérdida genera aflicción en su titular, sino la de si pueden protegerse los solos sentimientos: la de si puede castigarse una conducta porque lesione sólo los sentimientos de una persona (75); si se prefiere, en la terminología que utiliza la literatura anglosajona, si pueden pensarse las ofensas. Y creo que la respuesta debe ser en este punto tajante: sí en la medida en que tal lesión afecte a la autonomía personal del sentiente. Ejemplos ilustrativos de esta respuesta son los de los delitos de injurias y de ciertas vejaciones, y quizás el de ciertas lesiones psíquicas, de legitimidad indiscutida. La ofensa grave a los sentimientos, legítima o no, constituye un atentado a la personalidad que, en los casos más graves, en los queda afectada la autoestima o la capacidad de decisión, o en los que supone un daño objetivamente relevante, puede perjudicar notoriamente su desarrollo (76). Es en tal sentido en el que se ha configurado como bien jurídico la denominada «integridad moral».

Debe insistirse en que si no se duda de la legitimidad de principio de la sanción de las injurias o de ciertas vejaciones de hecho, que no

---

(74) Desde su concepción personalista del bien jurídico, STERNBERG-LIEBEN considera que la protección de los animales puede interpretarse también como protección de la vida o la integridad física humanas o como protección de la misma en un ámbito previo («Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 70, n. 13)

(75) En contra, por ejemplo, recientemente, STERNBERG-LIEBEN («Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 75). HÖRNLE sostiene que el delito de recompensa y aprobación de ciertos delitos del § 140 StGB sólo se entiende desde la protección de la moral y de los sentimientos («Der Schütz von Gefühlen im StGB», en AA.VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, pp. 277 s.). Es discutible si en realidad no se están configurando como delitos de peligro, más o menos lejano: como protección de la seguridad de los bienes jurídicos atacados por los delitos aprobados o recompensados.

(76) Así, para STERNBERG-LIEBEN en el delito de insulto a las creencias del § 166 I StGB se ataca, como en el ataque al honor, la pretensión de reconocimiento mutuo como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad («Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 70, n. 13).

son sino cierto tipo de ofensas graves a los sentimientos, habrá de admitirse como punto de partida que cierto tipo de sentimientos pueden ser legítimamente protegidos como parte de la protección de la autonomía personal y que por lo tanto la cuestión no es la de «si», sino la de «cuándo» y «cómo». Y en su respuesta no sobran desde luego las cautelas que eviten una perversión del sistema de libertades consistente en la restricción de la autonomía de unos por el sólo hecho de que alguno de sus desarrollos hieran la sensibilidad de otros.

La primera de tales cautelas es la de que ha de tratarse de sentimientos profundamente arraigados, cuyo daño es un daño a la situación social del individuo y por lo tanto a su autonomía personal, y cuya trascendencia goza del consenso social básico, sin que puedan tenerlo las ofensas que provengan de la actitud intolerante de la persona que sufre con ideales de vida diferentes al suyo. La segunda cautela, que afecta sobre todo a la cuestión de la punición de las blasfemias o de los ultrajes a ciertos símbolos, es la de que la ofensa sólo será punible si no constituye el ejercicio de una libertad a cuya preservación ostenta mayor valor que a la protección del sentimiento. Viene aquí a colación sobre todo el ejercicio de la libertad de expresión en un doble sentido: no sólo porque no se puede sancionar su ejercicio legítimo, sino porque tampoco deben sancionarse conductas de expresión cercanas a dicho legítimo ejercicio. Por dos razones: porque al ser borrosa la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo su sanción disuade del ejercicio de la expresión sobre lo público, básico para el entero sistema; y porque la mera cercanía a la licitud hace que disminuya el desvalor de la conducta y que su desvalor remanente sea insuficiente para recurrir a la pena. La tercera de las cautelas básicas anunciadas afecta al análisis de proporcionalidad relativo al carácter mínimo de la sanción y se refiere al esmero en la respuesta a la cuestión de si el sentimiento resulta razonablemente protegible mediante una multa administrativa o mediante la declaración y la indemnización que pueden obtenerse en la vía civil.

16. No creo que la película de lo protegible deba terminar con la protección posible de los sentimientos como forma de protección de la autonomía personal, y que en tal sentido el círculo de lo esencialmente valioso deba cerrarse en lo que atañe a la persona. No se entiende bien por qué la moral democrática ha de ser una moral exclusivamente antropocéntrica, insolidaria en tal sentido, que haga que los ciudadanos sólo puedan legítimamente proteger los bienes de los ciudadanos –su autonomía personal, sus presupuestos y sus derivados– y que no deban en el ejercicio conjunto de tal autonomía emprender la protección de otros



bienes. Pueden existir otros objetos que se estimen valiosos sin contradicción con los postulados axiológicos de partida, merecedores incluso en su protección del sacrificio de la autonomía personal que comporta la intervención sancionadora. Que la autonomía personal no sea sacrificable por otros bienes personales que no formen parte de tal autonomía no comporta que no sea sacrificable en cierta medida por otros bienes: por los bienes de otros. Y esos «otros» no pueden ser otros, valga el juego de palabras, que los animales, las personas que fueron y las personas que van a ser. Los ciudadanos, en el ejercicio conjunto de su autonomía, en la constatación o en la configuración de una moral social básica, pueden optar por proteger otros bienes, como la integridad física de ciertos animales frente a cierto tipo de ataques, o como el honor o la dignidad de las personas fallecidas (77), o como ciertas condiciones de vida de las generaciones futuras.

El sistema democrático de legitimación no sólo presupone ciertos valores –básicamente, repito, la igual autonomía de las personas– sino que constituye también un sistema de construcción o reconocimiento de una moral social básica consistente con sus propios puntos valorativos de partida (78). Un ordenamiento democráticamente consecuente podrá proteger no sólo el sistema y sus presupuestos, sino también sus frutos, entendidos como los objetos considerados democráticamente valiosos. La conclusión provisional sería así que los bienes protegidos pueden serlo legítimamente porque constituyan o salvaguarden la autonomía, pero también porque sean el legítimo fruto del ejercicio coordinado de la misma sin atentar a los presupuestos que la

---

(77) La profanación de cadáveres ha sido considerada como una lesión de la autonomía de los vivos en relación con las disposiciones sobre su cadáver (así, STERNBERG-LIEBEN, «Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 70, n. 13; HÖRNLE, «Der Schütz...», cit. núm. 75, p. 276), como una lesión de los sentimientos de los vivos, como una lesión de la dignidad de los vivos en relación con la posibilidad de profanación de su propio cadáver (v. ROXIN, «Strafrecht...», cit. núm. 12, p. 23, n. m. 31), o, como creo preferible, como una lesión de la dignidad de los muertos justificada por razones morales no directamente vinculadas con la protección de la autonomía. Esta perspectiva no debe extrañar a la vista de la naturalidad con la que nuestro ordenamiento protege «el honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida» (art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen). Sobre este debate, *vid.* también VON HIRSCH, «Der Rechtsgutsbegriff...», cit. núm. 31, pp. 24 s.

(78) En feliz expresión de NINO, la democracia tiene valor epistemológico en el ámbito moral («La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia», cit. núm. 52, *passim*; también, en «La autonomía constitucional», en AA. VV., «La autonomía personal», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 74 ss.).

garantizan. Ciertamente es que esta segunda fuente de legitimación es más débil que la de la protección de la autonomía, y también que la de la protección de ciertos sentimientos, que bebe de la anterior. Por ello el grupo de bienes protegibles que de ella pueda manar debe ser pulido y mirado con una cierta desconfianza que no permita abrir la puerta a la protección de lo que sólo sea una visión particular del mundo, o de la mera animadversión a un determinado ejercicio ajeno de la libertad, o que no instituya auténticas contraprotecciones que al socaire de la protección de ciertos bienes no directamente vinculados a la persona se conviertan en lesiones del desarrollo de la libertad de ésta. Así, si desde la perspectiva del bien jurídico, y con independencia ahora de consideraciones de necesidad o de proporcionalidad, cabe la punición de la profanación de tumbas o del maltrato de ciertos animales es porque existe una percepción cuasiunánime de la inmoralidad central de tales conductas y de su carácter lesivo para bienes que merecen protección, y porque la represión de las mismas no atenta contra las bases morales del propio sistema: no supone una manifestación de la autonomía personal que deba ser protegida por su significado objetivo para el desarrollo personal o para la organización de la convivencia (79). Deben traerse de nuevo a colación tres poderosos filtros para la legitimación de estos bienes no derivados de la autonomía personal: el consenso social acerca de su valor y de su trascendencia; que su lesión sea gratuita, en el sentido de no responder a una manifestación significativa de la autonomía personal; y que no sea posible su protección a través de medios de menor intensidad coactiva.

17. Protegibles en un Estado democrático son, pues, en palabras de Kahlo, «los elementos básicos de la libertad personal» (80), y además ciertos bienes ajenos a ella, pero consistentes con ella, a los que la sociedad consensuadamente otorga trascendencia. Es este un planteamiento que ha partido de un criterio democrático de legitimidad, lo que en nuestro Estado democrático comporta de un modo evidente que es también un planteamiento constitucional. Bienes protegibles por vía sancionadora son, en principio, los bienes constitucionales, pero también ciertos bienes congruentes con el sistema constitucional de valores.

---

(79) FEINBERG considera que existe un pequeño reducto de conductas ofensivas punibles: las perturbaciones graves con las que su autor no persigue utilidad alguna («Offense to others. The moral limits of the criminal law, II», Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1985., pp. 35 y 44).

(80) «Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht», en AA. VV. (coord. R. Hefendehl, A. v. Hirsch, W. Wohlers), «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 32.

Este laxo punto de partida debe afinarse en dos supuestos, que no se identifican sin más con «lo penal», sino de una manera más precisa con el desarrollo y la limitación de los derechos fundamentales –cuestión que, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional a efectos de rango normativo, no depende de que la norma sea o no sea penal (81)–. El primer supuesto se refiere a que la conducta penalmente prohibida incida en el área inicial de cobertura de un derecho fundamental; el segundo, y en la práctica más importante, se refiere a que la pena restrinja algún derecho fundamental, lo que sucederá paradigmáticamente con la pena de prisión.

Se trata en ambos casos de supuestos en los que el legislador regula y limita derechos fundamentales. Su validación constitucional pasa, como señala la doctrina constitucionalista, por la preservación ventajosa de otros derechos y bienes constitucionales, por el respeto al contenido esencial del derecho limitado, y por una determinación suficientemente precisa de estos límites (82). Si bien esta vinculación más estrecha de ciertas normas penales –de ciertos bienes jurídicos– con los derechos y bienes constitucionales manifiesta claramente que no se puede malbaratar la pena de prisión, despierta justificados recelos en torno a la imposición de un corsé demasiado rígido a la protección elemental de nuestro sistema de convivencia, que puede no quedar reflejado en alguna de sus manifestaciones en el

---

(81) El Tribunal Constitucional ha establecido que las normas penales no requieren en cuanto tales el rango de ley orgánica, sino sólo en la medida en que la pena suponga una restricción de derechos fundamentales, pues sólo tal restricción supone el desarrollo, siquiera negativo, de los mismos exigido por el artículo 81.1 CE: «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas (...). Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (...). En este sentido el Código Penal, y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad» (SSTC 140/1986, FJ 5, y 160/1986, FJ 4. También en las SSTC 17/1987, FJ 1; 32/1987, FF. JJ. 3 y 4; 122/1987, FF. JJ. 1 y 2; 18/1988, FJ 4; 118/1992, FJ 2; 119/1992, FJ 1; 234/1997, FJ 10; 129/1999, FJ 2).

(82) Esta conexión entre la tradición jurídico-penal y la tradición jurídico-constitucional constituye una tendencia «satisfactoria y muy prometedora», pendiente desde hace tiempo (HASSEMER, «Darf es Straftaten...», cit. núm. 71, p. 58; también, en esencia, BUNZEL, «Die Potenz...», cit. núm. 60, pp. 110 ss.). V. MEDINA GUERRERO, «La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales», Madrid (McGraw Hill), 1996, *passim*; ACOSTA GALLO, «El deber de legislar y los principios de proporcionalidad y diversidad como sus límites», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 21, 2002, *passim*.

texto constitucional. Al fin y al cabo éste no se redacta con el empeño de detallar tales manifestaciones con la vista puesta en su protección, sino sólo con el objetivo de proclamar los valores de partida del sistema de organización social, las condiciones esenciales que pueden configurarse como derechos fundamentales, y los mecanismos de organización del poder. Por volver a dos ejemplos ya citados en otro contexto: ¿deben acaso reputarse como ilegítimas las normas que sancionan con prisión el maltrato de ciertos animales o la profanación de cadáveres?

El *caveat* de la finalidad constitucional de las normas cuya pena suponga la limitación de derechos fundamentales debe tomar en cuenta el sentido de la Constitución, su referencia implícita a un cierto consenso social en torno a los valores de partida y a sus manifestaciones, y su propio deseo de incorporar nuevos consensos que se sustenten en dichos valores (83). Los derechos que proclaman las constituciones democráticas son concreciones de valores más genéricos que a su vez también se proclaman como valores fundantes de sistema, de modo que cabe extraer de éstos nuevas concreciones no expresadas en el texto constitucional (84); en relación con lo anterior es característica de la constitución democrática la de que la libertad preside el sistema y configura su cláusula de cierre del sistema, de modo que queda amparada cualquiera de sus manifestaciones que no colida con una manifestación más intensa o preferente (85).

Desde estas perspectivas resultaría sorprendente pensar que el respeto por los cadáveres humanos como proyección del valor de la dignidad de la persona no pudiera ser objeto de la severa protección penal que dispensa la amenaza de privación de libertad, o que no pueda ser objeto de tal represión el maltrato cruel de animales como parte de una cierta sensibilidad colectiva hacia otros seres vivos y, sólo en tal sentido, como potencialmente integrante del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Cuenta de tal sensibilidad la da la ratificación por España

---

(83) Así, advirtiendo de la necesidad de que la interpretación de la Constitución sea dinámica, «adecuada a los cambios sociales y de otra índole que se vayan produciendo», CARBONELL MATEU («Derecho penal: concepto...», cit. núm. 43, p. 37).

(84) V. SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en AA. VV. (dir. K. A. Betterman, H. C. Nipperdey y U. Scheuner), «Die Grundrechte», t. 3, vol. 2, Berlín (Duncker & Humblot), 1959, pp. 912 ss.

(85) STERNBERG-LIEBEN destaca que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania tiene como fundamento el pensamiento de la autonomía personal, expresada a través de la garantía del libre desarrollo de la personalidad y reforzada por el valor de la dignidad de la persona («Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 65).

del Convenio Europeo sobre protección de animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos (86).

18. La gran mayoría de las normas penales no suscita duda alguna en cuanto a la legitimidad de su bien jurídico: acerca de que protegen bienes protegibles (87). Existe sin embargo un reducido grupo de casos difíciles en este ámbito, al que me voy a referir muy fragmentariamente a continuación, siquiera sea para distinguir en él a título de ejemplo entre bienes cuya protección es ilegítima *per se*, bienes cuya protección es ilegítima por su coste (88), y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma. Debe insistirse en este punto en que estamos ante una reflexión en torno al suelo de la intervención penal, referida sólo al primero de los escalones del análisis de la interdicción del exceso sancionador. Más allá de que se trate en su caso de bienes dignos de protección, nada se dice acerca de que además puedan de hecho ser protegidos a través de penas (89).

A) Entre las normas con bienes ilegítimos estarán sin duda las que sancionen la homosexualidad o las relaciones homosexuales. Y también

---

(86) El Convenio es de 18 de mayo de 1986; la ratificación de España se hizo por Instrumento de 2 de agosto de 1989. El Convenio se enmendó mediante el Protocolo de 22 de junio de 1998 (ratificado por España mediante Instrumento de 30 de octubre de 2003).

(87) El grueso de la respuesta a la pregunta acerca de lo protegible suscita un generoso consenso correlativo al que genera la calificación de un comportamiento como socialmente dañoso (*vid.* al respecto FEINBERG, «Harm to others...», cit., n. 67, p. 38). Más allá afirma VON HIRSCH que «algunas encuestas de opinión han sugerido que la población es capaz de llegar a un cierto grado de acuerdo acerca de la gravedad de determinados delitos. Y las comisiones legislativas que han intentado graduar la gravedad de los delitos no se han encontrado con dificultades insalvables» («Censurar...», cit. núm. 57, p. 62). Añade LAGODNY que pocas prohibiciones resultan inconstitucionales en atención a su fin: la limitación del fin para la legitimación de la norma es muy marginal («Das materielle Strafrecht...», cit. núm. 63, p. 84).

(88) En el esquema de análisis de la proporcionalidad el primer escalón se refiere al valor del bien afectado por la conducta, con independencia del valor de la conducta, que es un análisis propio del balance de costes y beneficios propio del último escalón, referido a que la protección sea ventajosa o estrictamente proporcionada. Sucede sin embargo que, como lo que se evalúa no es sin más un bien, sino que se tiene en cuenta el tipo de ataques frente al que quiere protegerse, puede resultar decisivo ya para el primer nivel que la conducta analizada sea siempre más valiosa que disvaliosa por ser superior el beneficio de la conducta que su perjuicio.

(89) De hecho, como indica SEHER, al concepto de bien jurídico se le ha exigido demasiado como base necesaria para el juicio de legitimación penal («Prinzipien-gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff», en AA. VV., «Die Rechtsgutstheorie...», cit. núm. 4, p. 54).

las prohibiciones genéricas de contratación de relaciones sexuales a cambio de precio. La consideración de que la prostitución libre de adultos es siempre vejatoria para quien la practica –y, por poner otro ejemplo, la producción de pornografía– no deja de ser una visión de lo bueno que se interferiría así en el libre acuerdo de dos personas autónomas: no deja de ser un ejercicio de perfeccionismo incompatible con la raíz liberal del sistema (90). Cuestión distinta, obvio es decirlo, que se obligue a alguien a prostituirse, lesionando precisamente su autonomía, o que se paguen contactos sexuales a menores, a quienes en este ámbito no reconocemos autonomía. Cuestión también distinta es la de que quienes se dediquen a la prostitución lo hagan por cuenta ajena y sean explotados, caso subsumible en las normas generales de protección penal de los derechos de los trabajadores.

En general, en el debate en torno a la prohibición de la promoción o de la utilización de servicios de prostitución late la compleja cuestión de los límites de la autonomía personal en un sistema liberal, en un sistema «autonomista». Tan claro como que cabe encontrar tales límites en la mayor preservación de la autonomía ajena según un criterio racional de distribución de la misma, es que no cabe tal restricción, como ya se ha señalado, por razones perfeccionistas: por el ideal de bien personal de quien genera la limitación. «Como esos ideales sólo toman en cuenta los efectos de la acción sobre la propia vida o carácter del individuo, la interferencia perfeccionista con ella busca imponer un ideal de bien diferente y no es legítima sobre la base del valor de la autonomía, ya que socava ese valor (generalmente en forma auto-frustrante, porque un ideal del bien no se satisface por la imposición coactiva), sin que se preserve la autonomía de ningún otro» (91). Mucho más discutibles son los límites del paternalismo no perfeccionista (92): si cabe –y si cabe en qué supuestos– coaccionar al individuo para hacer efectivas sus propias decisiones actuales o potenciales. Este es, en parte, el debate en torno a la punición del auxilio al suicidio, al homicidio consentido y a las lesiones graves

---

(90) En este sentido, en esencia, GIMBERNAT ORDEIG, «La mujer y el Código Penal español», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Tecnos), 1990 (3.<sup>a</sup>), p. 84; GÓMEZ BENÍTEZ, «Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito», Madrid (Civitas), 1984, p. 166. Recuérdese también el debate que se suscitó hace ya algunos años en relación con una discoteca que organizaba lo que denominaba como «lanzamiento de enanos». La punición de estas conductas podría apoyarse en lo ofensivas que resultan para un concepto firmemente compartido de dignidad de la persona, pero toparían con la utilidad que suponen para el ejercicio conjunto de la autonomía de lanzador y lanzado.

(91) C. S. NINO, «La autonomía...», cit. núm. 78, p. 44.

(92) Al respecto, SEHER, «Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation...», cit. núm. 89, pp. 51 s.

consentidas. Y, con circunstancias propias muy relevantes en torno a la validez de su consentimiento, es también el debate en torno a la sanción del mantenimiento de condiciones laborales irregulares consentidas por los trabajadores: «la coacción que se ejerce sobre los individuos no es para imponerles intereses que no tienen, sino para satisfacer sus preferencias subjetivas que no pueden satisfacer por sí mismos debido a la dinámica de acción colectiva autofrustrante» (93).

B) Las normas que penan la negación del genocidio (art. 607.2 CP; § 130, párr. 3º StGB) son normas con un fin legítimo –protección de la dignidad de las víctimas (94)– pero en las que se castiga una conducta que aporta más valor que daño en cuanto ejercicio de la expresión en asuntos de interés público, por hiriente o insensato que nos parezca a la inmensa mayoría el contenido de lo expresado (95). La protección institucional que en alguna medida añaden las normas que tipifican los delitos de utilización de simbología nacionalsocialista (§ 86 a StGB) o de ultraje a la bandera (art. 543 CP) (96) no parece suficiente para trocar el juicio anterior de ilegitimidad (97).

C) Distinta sería la perspectiva de análisis de una norma que castigara la mera embriaguez (98). La ilegitimidad de esta norma no proveniría del bien que se invoca como protegido, que es la seguridad de los importantes bienes amenazados por los delitos que mediatamente se pretenden evitar, sino del bien realmente protegido, que es el poco auto-

---

(93) C. S. NINO, «La autonomía...», cit. núm. 78, p. 74.

(94) Como afirma GIL GIL, ni siquiera puede identificarse la negación de los crímenes del delincuente con la defensa o justificación de los mismos («Derecho penal internacional», Madrid, Tecnos, 1999, p. 332).

(95) Vid. al respecto LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 269; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en AA. VV. «La libertad de información y de expresión», Madrid (CEPC), 2002, pp. 51 ss.

(96) Así, STERNBERG-LIEBEN, «Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...», cit. núm. 60, p. 71, n. 13

(97) Por la despenalización de los delitos de ultraje al Ejército, a la bandera y al Gobierno se ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG («Ensayos penales», Madrid, Tecnos, 1999, p. 78).

(98) El § 323 a del Código Penal alemán sanciona tal conducta si el sujeto comete en tal estado un hecho antijurídico que no resulta penado precisamente porque el sujeto era inimputable en tal situación: «Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist».



nomista control personal sobre los propios actos. Que la seguridad de la vida, del patrimonio o de la integridad física es un bien legítimamente protegible es algo tan poco discutible como mucho lo es el que tal seguridad quede afectada sin más por la embriaguez de las personas. No parece que esto sea así a partir de una percepción objetiva de los comportamientos sociales: no hay una relación estadística significativa entre embriaguez y delito –no es suficientemente probable que quien esté ebrio vaya a cometer un delito como para poder afirmar que con su embriaguez está dañando la seguridad– del tipo de la existente, por ejemplo, entre conducción de automóviles en tal estado y daño para terceros.

## V. CONCLUSIONES

19. Considero necesario distinguir en contenido y denominación la teoría del bien jurídico de la teoría de los objetos jurídicamente protegibles.

A) La teoría del bien jurídico es una teoría dogmática que se refiere al objeto inmediato de protección de la norma penal. Sólo esta definición formal de bien jurídico es semánticamente adecuada y consistente con la génesis y con la utilización legislativa del concepto. Y sólo su formalidad, unida a la referencia a la inmediatez de la protección, le permitirá cumplir las importantes funciones que provocaron la creación del concepto y que se refieren a la comprensión y a la autocomposición del sistema normativo. Estas funciones sólo son desplegables por un concepto que atienda a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor y no por la teoría que sitúa la lesividad del delito en la quiebra de las normas básicas de organización social.

B) Consecuencias de la definición propuesta de bien jurídico son las siguientes: toda norma penal protege un bien jurídico –por lo que: ni la protección de un bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de la norma, ni la catalogación de un objeto como bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de su protección–; la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico; el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma.

20. La teoría de lo penalmente protegible en un Estado democrático es una teoría política que forma parte de la teoría de la proporcionalidad, que es una teoría acerca de la justificación de las normas sancionadoras en un sistema que parta del valor igual de la autonomía personal. Dicha teoría exige que la protección penal sea mínima y

ventajosa, lo que presupone, amén de la posibilidad de la protección emprendida a través de la coacción penal, que el bien protegido sea valioso desde la perspectiva axiológica que informa el sistema.

A) Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas.

B) Pueden formar parte de este catálogo de lo protegible los solos sentimientos, en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal. Y pueden ampliar ese catálogo bienes no personales, bienes de otros –de los animales, de las personas que fueron, de las personas que van a ser–. En el ejercicio coordinado de su autonomía los ciudadanos pueden considerar valiosos tales bienes sin contradicción con los postulados valorativos de partida del sistema: pueden considerarlos más valiosos que la autonomía personal que restringe la norma. Especial cautela requerirán en ambos casos los análisis acerca de si no concurre una libertad preferente –significativamente la libertad de expresión en la ofensa a los sentimientos– y acerca del carácter mínimamente suficiente de la sanción.

C) De las reflexiones anteriores se infiere que los objetos protegibles han de ser congruentes con la Constitución democrática. En consistencia con la teoría de las restricciones al legislador en la limitación de los derechos fundamentales, una correspondencia más incisiva exigirán los bienes cuya protección se realice a través de una pena restrictiva de un derecho fundamental o a través de la punición de una conducta amparada inicialmente en el área de cobertura de un derecho fundamental.

D) Entre los clásicos casos difíciles en torno a la protegibilidad del bien debe distinguirse entre bienes cuya protección es ilegítima *per se* (el de la norma que sancionara los actos homosexuales, por ejemplo), bienes cuya protección es ilegítima por su coste (el de la norma que sanciona la negación de la comisión de un genocidio), y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma (el de la norma que sancionara la embriaguez bajo la pretensión de prevenir delitos en tal estado).



# Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal (\*)

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO

Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco  
Bilbao-Bizkaia

## I.

1. En su sentido más amplio, el principio de proporcionalidad se consagra como principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto (1) con la finalidad básicamente de limitar, en cualquier ámbito –y especialmente en los que se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales (2)–, la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad de control de toda clase de facultades de actuación (3).

La reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal; pero inmediatamente se traslada al Derecho de policía en la misma etapa liberal; y de ahí, a otros ámbitos del Derecho administrativo, en relación con la aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos (4). En la actualidad, su exigencia se ha generalizado en todos los sectores del ordenamiento

---

(\*) Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto PR2007-0006 llevado cabo en el ámbito del Programa de Movilidad del MEC.

(1) En estos términos, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 56; GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, p. 18; o SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», pp. 1117 y 1118.

(2) Expresamente, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 18.

(3) *Vid.* la definición de MARTÍNEZ MICÓ, «principio de proporcionalidad», p. 33.

(4) Con más detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, principio de proporcionalidad, pp. 16 ss.

jurídico (5) y, en el Derecho español, ha cobrado un renovado impulso gracias en buena medida a la actuación del Tribunal Constitucional, principal artífice, se dice, del auge del principio de proporcionalidad (6), al pronunciarse expresamente sobre su formulación, contenido y reconocimiento en la Constitución de 1978 en diferentes sentencias, casi desde su creación (7), y aun cuando nuestra Constitución no consagre expresamente la vigencia del principio. De hecho, aunque en su formulación moderna el origen del principio se remonte a la época de la Ilustración, entre nosotros su utilización práctica real –a salvo de reivindicaciones doctrinales más o menos extendidas–, en toda su complejidad, se ha generalizado sólo a partir de la entrada en vigor del Texto de 1978.

En una primera etapa, la paulatina formalización del principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia constitucional, sobre todo a finales de los ochenta y tras un uso informal del principio en los primeros años, va permitiendo exigir que la medida objeto de control –o la norma que la habilita– persiga una finalidad de relevancia constitucional, lo que se definirá como la «adecuación» de la medida, así como un segundo elemento concretado en la ausencia de medidas menos drásticas para conseguir la finalidad perseguida, requisito que fue individualizándose poco a poco y adquiriendo un espacio propio en el seno del principio de proporcionalidad, aunque todavía sin calificarlo formalmente como el requisito de la «necesidad»; un tercer y último elemento que va perfilándose, aunque sin alcanzar el grado de autonomía de los demás fue el del «equilibrio» entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida con la misma (8). En toda esta época el principio se analiza desde perspectivas aisladas –muchas veces simplemente se formula la necesidad de su comprobación sin que ésta se lleve efectivamente a cabo (9)–, que atienden sólo el aspecto que resulte más relevante para resolver el supuesto concreto sometido a enjuiciamiento y, en todo caso, utilizando desordenada y parcialmente –a

---

(5) *Vid.* las diferentes referencias de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 56; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, p. 29; GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, p. 18; o PERELLÓ DOMENECH, «principio de proporcionalidad», p. 69.

(6) Para una exposición sintética, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 28 ss.

(7) Ampliamente, BARNES, «Jurisprudencia constitucional», pp. 333 ss.; y GONZÁLEZ BEILFUSS, *principio de proporcionalidad*, pp. 15 ss. Véase también Díez RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 82 ss.

(8) Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», pp. 42 ss.

(9) Expresamente, JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 164.

menudo de forma imprecisa— los diversos elementos que posteriormente integrarán lo que se conoce como el test de proporcionalidad, con los que en ocasiones incluso se identifica (10).

En los años posteriores los esfuerzos del Tribunal se dirigirán a la formalización del principio a través de su concreción mediante la exigencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siempre teniendo en cuenta la finalidad de la medida objeto de control, que son los que vienen utilizando la Doctrina y Jurisprudencia constitucional alemanas para llenar de contenido el principio (11). En el ámbito penal, la utilización expresa y sucesiva de estos requisitos se produce, como es sabido, en las fundamentales sentencias del Tribunal 55/1996, 161/1997 y 136/1999.

Pero, a pesar del auge que en los últimos tiempos ha experimentado el reconocimiento del principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia constitucional española y de la centralidad que puede estar adquiriendo en la concepción del Tribunal de los derechos fundamentales, lo cierto es que su presencia en dicha Jurisprudencia difícilmente puede calificarse de excesiva (12), mucho menos en materia penal. A principios de los años ochenta empezó sosteniéndose que el juicio sobre cuándo una pena es o no proporcionada en relación a un determinado delito es sólo competencia del legislador, a mediados de esa década se comienza a admitir —de modo puramente teórico— que en casos de evidente desproporción podría afirmarse la inconstitucionalidad de una pena, sólo en los noventa empieza a concederse, con carácter muy excepcional, el amparo por desproporción de la pena impuesta y únicamente la STC 136/1999 puede entenderse representa una clara quiebra de la línea seguida hasta entonces, aceptándose, y sólo en cierto sentido, la inconstitucionalidad de un precepto penal (13).

Con todo, puede afirmarse ya la existencia de una relativamente consolidada doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad —en sede penal, sobre el análisis de la proporcionalidad en la imposición de una pena a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo o en la previsión legal de una pena para un comportamiento tipificado penalmente—, que se trasladará a la Jurisprudencia penal cuando se pronuncie sobre el mismo.

---

(10) En estos términos, PERELLÓ DOMENECH, «principio de proporcionalidad», p. 71.

(11) Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 16.

(12) *Vid.*, de nuevo, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», p. 98.

(13) Sintéticamente, MIR PUIG, «principio de proporcionalidad», p. 354.

En lo que aquí interesa ahora resaltar, cuando se invoca el principio en relación con una decisión del poder legislativo en materia penal parte el Tribunal de la idea de que, dentro de los límites marcados por la Constitución, el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre la gravedad de las conductas que pretende evitar y la de las penas con que intenta conseguirlo. Ello no le impide el control de constitucionalidad de la norma dictada a tal efecto, pero advirtiéndole de las cautelas con que ha de efectuarse el mismo. En el ámbito de las decisiones judiciales el principio constituye un límite infranqueable a la discrecionalidad judicial. Ahora bien, no acepta el Tribunal su vulneración cuando el juzgador actúe dentro de los márgenes que se le imponen normativamente.

Sea en uno sea en otro caso, el control constitucional de la proporcionalidad de la norma penal o de la pena efectivamente prevista o impuesta entiendo debe limitarse a verificar la ausencia de un patente derroche inútil de coacción, de un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe, de un atentado contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública arbitraria y no respetuosa de la dignidad de la persona, atendiendo las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles. Y en ese control, el test de constitucionalidad obliga, en primer lugar, a comprobar que el bien jurídico protegido o los fines mediatos o inmediatos de protección son suficientemente relevantes como para motivar la intervención penal, que es lo que se denomina la calidad del fin de la norma como presupuesto del juicio de proporcionalidad (14); en segundo lugar, habrá de examinarse si la medida prevista –o adoptada– era idónea para alcanzar tales fines; en tercer lugar, si dicha medida era necesaria; y, en cuarto lugar, si la sanción es proporcionada en sentido estricto, comparando beneficios y perjuicios, con el delito para el que se prevé o aplica (15).

2. Al margen de la discusión sobre el modo en que se define el principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional y sobre su ubicación, también controvertida, en la propia Constitución, existe un cierto consenso en todo caso en entender que estamos ante un prin-

---

(14) Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 163.

(15) *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 86 ss.; o HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad», p. 62. Ampliamente, GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», pp. 53 ss.



principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable, por ello mismo, a todo el ordenamiento jurídico (16). Su significado, se señala, ha de estar presente especialmente en todo tipo de intervención estatal que implique la restricción de derechos o libertades. Y en ese contexto, el principio de proporcionalidad despliega toda su potencialidad en Derecho penal (17). Evidentemente, y aun cuando su concepto y su contenido no pueda ser diferente en cada una de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico –el principio de proporcionalidad en cada sector jurídico no es sino una especie o rama del tronco común (18)–, su alcance y ámbito de aplicación sí lo será atendiendo al resto de principios que informen cada una de ellas y a los propios presupuestos que definan su finalidad. En el caso del Derecho penal, por medio del principio se conectan los fines que informan el conjunto normativo con cada concreto hecho típico, rechazándose tanto el establecimiento de conminaciones penales –proporcionalidad abstracta– como la imposición de penas –proporcionalidad concreta– que carezcan de toda relación valorativa con el mismo, contemplado en su globalidad, y desde la finalidad que pretenda conseguirse con su previsión.

Justamente el hecho de que al principio de proporcionalidad, como a otros, se le deba considerar algo más que mero límite a la actuación estatal no ya sólo integrándolo, con otros, entre los fines a cumplir por el Derecho penal, sino vinculándolo al cumplimiento de lo que es prioritario –y aceptando como tal la reducción de todo tipo de violencia; no sólo, pero también, de la estatal– es lo que debe permitir matizar la posibilidad de entender que la idea de proporción es sólo una exigencia de máximos y no de mínimos, una exigencia en la que sólo han de atenderse unas finalidades del Derecho penal y no otras. Sólo refiriendo la idea de proporción a lo que ha de representar el Derecho penal en su conjunto –y, en especial, a su finalidad prioritaria de prevención de hechos delictivos sin minimización de espacios globales de libertad– podrá aceptarse su caracterización como principio definidor del mismo, sin que con ello pierda su componente garantista, con todo lo que ello implica (19).

En cuanto a su arraigo constitucional (20), sí debe al menos señalarse que parece evidente que en un Estado de Derecho la vigencia del

---

(16) En estos términos, HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad», p. 59.

(17) Expresamente en este sentido véanse las afirmaciones, por todos y con ulteriores referencias, de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 113 ss.

(18) Así, BARNES, «Jurisprudencia constitucional», p. 345.

(19) En relación a esta idea, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 61 ss.

(20) Sobre esta discusión, con ulteriores referencias, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 69 ss.

principio de proporcionalidad contribuye a dotar de contenido material a este modelo de Estado, que entre sus presupuestos incluye la limitación racional del poder que se le cede a través de lo que representa el Derecho (21) y la exigencia de su utilización en aras a la consecución de ese bienestar común (22), salvaguardándose sólo si las limitaciones de derechos que puedan proponerse guardan una relación de proporción con el logro de dicho interés. Ha de admitirse también que el principio de proporcionalidad constituye una regla de maximización de la libertad (23), en cuanto ésta sólo debe poder limitarse –y justamente ya en ese Estado de Derecho, e incluso al margen de su consideración democrática y social– para proteger la libertad del resto de ciudadanos y en base a razones proporcionadas a la importancia de lo que se restringe (24), bien entendido que la libertad en este contexto ha de entenderse en sentido amplio como exigencia para conformar un modo de vida en el que se puedan tomar decisiones propias –o, más sintéticamente, como autonomía personal (25)–, que sólo pueden encontrar su límite de forma proporcionada al perjuicio que con ellas puede generarse para otros intereses (26). La idea de proporción conecta también sin duda con la de moderación, con la de equilibrio, con la de racionalidad, con la del ideal de lo que es justo, aun cuando éste, obviamente, no ofrezca los instrumentos necesarios para enjuiciar la existencia o no de proporción. La proporcionalidad, cabría afirmar, deriva de la idea de justicia, pero se independiza de ésta en la constatación de su proyección práctica.

Es asimismo evidente la vinculación del principio con la interdicción de la arbitrariedad, la tutela de la dignidad humana, la idea de igualdad o incluso la prohibición de las penas inhumanas y degradantes o el respeto al principio de legalidad, con diferentes matices y diversos grados de conexión que impiden ubicar el principio exclusivamente en cualquiera de los preceptos constitucionales que aluden expresamente a estas exigencias (27).

---

(21) En este sentido, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 134.

(22) Así lo expresa ARROYO ZAPATERO, «Derecho y Constitución», p. 4.

(23) Destacan esta conexión COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 82.

(24) Véanse, sintéticamente, CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, pp. 191 ss.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal*, p. 59; o QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, p. 102.

(25) Específicamente, LASCURAIN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 188.

(26) Así, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 135.

(27) Para ulteriores consideraciones, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 73 ss.

En relación con esta última vinculación, objeto de especial debate entre nosotros –más entiendo que por cuestiones constitucionales que penales–, no hay ninguna duda de que el principio de proporcionalidad en su expresión concreta tiene que ver con el principio de legalidad penal si los criterios de lo proporcionado se explicitan normativamente; así ocurre, por ejemplo, en el caso español y en el ámbito penal, en los artículos 6.2, 62, 66.1 en sus diversos apartados, 66,2, 68, 638, etc., cuya vulneración implicará tanto la de uno como la de otro principio. De no existir tales criterios difícilmente podría afirmarse la quiebra de la idea de legalidad cuando el aplicador de la ley se mantuviera en los márgenes de la previsión aplicada, por más –y si ello fuera posible teóricamente– que se entendiera desproporcionada la sanción finalmente impuesta. Más complejo es, no obstante, aceptar la vinculación de la proporcionalidad en abstracto con la idea de legalidad, que sólo puede ser explicada atendiendo el componente material de ésta y, en todo caso, desde el respeto, como el propio Tribunal reiteradamente ha señalado, a una decisión legislativa que, salvo en casos muy puntuales en que el precepto cuestionado no respete los límites materiales que exige el principio, puede estar sustentada en consideraciones muy diversas. Sí parece lógico, no obstante, mantener que toda previsión legal ha de permitir un margen de actuación que garantice la posibilidad de una decisión sancionatoria proporcionada. Si ésta no cabe, por ejemplo, por la diversidad de conductas, de muy distinto desvalor, para las que se prevé un único marco penal demasiado próximo en sus límites inferior y superior o, al contrario, por la posibilidad de imponer penas de muy diversa gravedad –por lo alejado de tales límites– para conductas que sean de similar desvalor, el principio de legalidad penal no habrá cumplido las funciones que de él se reclaman.

Es evidente, por último, que toda medida que lesione el principio de proporcionalidad representará una vulneración del precepto constitucional que reconozca el derecho fundamental al que la medida desproporcionada afecte (28).

De todos modos, con independencia de la postura que se mantenga sobre la ubicación constitucional del principio de proporcionalidad, lo cierto es que, al menos en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto –hoy ya también en relación al principio en su sentido más complejo a partir de planteamientos básicamente preventivos–, en el ámbito penal es éste un principio que se reconoce sin discusión en la doctrina. La exigencia de proporcionalidad entre la sanción y la conducta

---

(28) Véanse CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 457; y JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 171.

sancionada es una consecuencia lógica de la propia naturaleza del Derecho penal, marcada por una gravedad de la intervención penal sólo justificada por la gravedad de la actuación sancionada (29) en relación con aquello que se pretende preservar.

3. En lo que concierne al concepto de proporcionalidad, el juicio sobre la proporcionalidad de una norma –y no únicamente de la sanción, sino de la norma en cuanto a lo que prescribe o prohíbe y en cuanto a la consecuencia de su incumplimiento– afecta, y debe hacerlo, tanto a la delimitación de la tutela que trata de conseguir como al mecanismo sancionatorio que prevé para lograrlo y, por ello mismo, la idea de proporción debe poder permitir restringir tanto la sanción innecesaria o excesiva como delimitar los comportamientos susceptibles de ella. Si no, el propio concepto de proporción en cuanto a lo que ha de ser la intervención penal en su conjunto –no sólo en la aplicación de la pena cuando fracasa el mandato del legislador– pierde, al menos, parte de su sentido. Cierto es que con ello se introduce un discurso que en sede penal se ha desarrollado en el ámbito de otros principios; algo, en todo caso, muy característico de nuestra disciplina; pero ello es necesario para lograr una comprensión integral de lo que el principio reclama, que no es algo único.

Por otra parte, la distinción de los diferentes elementos que componen el denominado test de proporcionalidad de una norma no pueden entenderse como compartimentos estancos ni obligan a un análisis de los mismos secuencial o escalonado; trata simplemente de reflejar la necesidad de tomar en cuenta diferencias perspectivas –utilizando esquemas valorativos y utilitarios– que, especialmente atendiendo lo que hoy es el Derecho penal, no pueden analizarse separadamente, aun cuando, metodológicamente, ello pueda no ser estrictamente correcto.

Aun con oscilaciones el término que se ha impuesto tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia para referir la idea de proporción tal y como comienza a entenderse desde la época de la Ilustración ha sido el de proporcionalidad en sentido amplio o simplemente el de proporcionalidad, principio de carácter autónomo con un contenido propio difícil de expresar que muchas veces se formula en sentido negativo (30).

---

(29) En estos términos, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 71.

(30) En estos términos, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1114. Véanse también las consideraciones de BARNES, «principio de proporcionalidad», pp. 15 ss.; o CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», pp. 452 ss.

Evidentemente, y de entrada, toda la atención del principio de proporcionalidad se concentra en los medios previstos en una norma, en nuestro caso penal, utilizados por el poder público –y efectivamente aplicados o no– que afecten o restrinjan derechos o libertades (31). Es de ellos de los que se predica su proporción o desproporción.

El principio de proporcionalidad, en este sentido, rechaza, como antes se decía, el establecimiento de conminaciones legales –proporcionalidad en abstracto– y la imposición de consecuencias jurídicas –proporcionalidad en concreto– que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global (32). De forma más sintética, exige que las consecuencias de la infracción penal, previstas o impuestas, no sean más graves –si es que se puede equiparar la gravedad de unas y otra– a la entidad de la misma (33). La integración en el principio de una serie de postulados que son una evidente derivación del respeto al valor «libertad» y suelen presentarse dispersos en principios tales como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de mínima intervención, entre otros, ofrece indudables ventajas para su comprensión y desarrollo (34), en contra precisamente de lo que sugieren las afirmaciones que aluden a la confusión terminológica que el principio genera.

Pero, o quizás mejor, por ello mismo, ha de destacarse también la vinculación de la idea de proporcionalidad con la relación entre la medida impuesta y la finalidad pretendida por la norma a aplicar y con los fines, en nuestro caso, de la pena o del Derecho penal (35).

---

(31) Así, ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2053. Señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 160, que el principio rige en todo su vigor en el Derecho penal en cuanto sector del ordenamiento que, por definición, se compone de normas restrictivas de libertad y en cuanto la restricción más usual, la pena por excelencia, tiene por contenido la manifestación más física y primaria de la libertad, que es la libertad personal o ambulatoria. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1114, afirmará que el principio atiende de modo fundamental aquella intervención que se desarrolla mediante el empleo de la coacción directa o de la pena criminal, en cuanto éstas afectan de modo particularmente intenso a la esfera de libertad del ciudadano; la salvaguardia de los derechos individuales frente a la intervención estatal abusiva, añadirá, exige no sólo un control formal de legalidad, sino además uno de carácter material que verifique la menor lesividad de la intervención y su adecuación al fin perseguido.

(32) Entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 260.

(33) Véanse ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2053; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal*, p. 21; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 85; o SERRANO-PIEDecasas, *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 100.

(34) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 175.

(35) Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, *Parte general*, p. 104; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; JAREÑO LEAL, *impago de multa*,

Claro está, este concepto –en su referencia tanto a la gravedad de lo actuado como a la finalidad pretendida con la intervención, en su caso penal– se debe perfilar cuando se expresan los criterios que deben determinar la gravedad de la pena –proporcionada– prevista o impuesta para cada concreto hecho delictivo.

La dificultad de definir lo que representa la idea de proporcionalidad como principio informador del Derecho penal y la exigencia de proporción en la previsión y aplicación de las consecuencias jurídicas asociadas a un hecho delictivo se muestra a la hora de decidirse por esta terminología en lugar de por otras similares, a la hora de establecer los parámetros que se comparan y a la hora de dotar de contenido propio a un principio del que casi toda la Doctrina y Jurisprudencia reconoce su importancia sin ponerse de acuerdo sobre lo que significa (36).

En todo caso, la exigencia de proporción de la norma –y de la pena– tiene unas implicaciones que quizás no captan los conceptos de razonabilidad, racionalidad o ausencia de arbitrariedad, por cuanto permite incorporar un contenido limitador de la actuación estatal al que, en principio, éstos no tienen por qué atender. Y con ser difusa la idea de proporción, porque no indica más que una correspondencia, correlación, conformidad de magnitudes, sin duda ofrece una base de actuación más concreta –en el ámbito penal– que la de estos conceptos, aportando un *plus* de seguridad, relativa, en la restricción de libertades porque, cuando menos, remite a determinadas referencias.

Ciertamente, aun reconocido el carácter autónomo del principio de proporcionalidad, la denominada relatividad del principio plantea un componente del mismo que interesa destacar penalmente en cuanto no es un principio del que se desprendan prohibiciones abstractas o absolutas; a lo que obliga es a analizar en cada caso la relación de medio a fin –que habrá que concretar– que tenga el límite o gravamen de la libertad –en su sentido más amplio– con los bienes, valores o derechos que pretendan salvaguardarse (37) atendiendo, por otra parte, unos criterios con los que establecer la comparación de la gravedad de la pena que, en cualquier caso –y ésta es otra cuestión–, no pueden determinar decisiones exactas.

Lo que pretende el principio de proporcionalidad es garantizar que la sanción penal –el medio– se encuentra razonablemente relacionada

---

p. 184; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 260. Como subraya GONZÁLEZ BEILFUSS, «principio de proporcionalidad», pp. 67 ss., la proporcionalidad no se puede predicar de un objeto de control aisladamente considerado.

(36) Más detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 96 ss.

(37) Así, BARNES, «principio de proporcionalidad», p. 17.

con la tutela del bien de que se trate, atendiendo el resto de postulados que permiten ésta –el fin–, lo que remite a una ponderación –valorativa– que es la que ha de efectuarse en ese juicio con el que se comprueba el respeto a este principio (38). Pero el principio en sí no indica nada mientras no se indique qué ha de compararse, qué criterios de proporcionalidad quedan fuera de la legitimidad constitucional (39) y cuáles han de utilizarse en la ponderación que se efectúa (40), porque el Derecho no es proporcionado *per se*, sino sólo desde la perspectiva axiológica que se establezca. En sí la idea de la proporcionalidad no ofrece ningún criterio de ponderación sino la necesidad simplemente de establecer una correspondencia de dos magnitudes que de algún modo debe poder valorarse, sin que existan criterios incuestionables para establecer la medida de la proporción y, en nuestro caso, la calidad y cantidad de pena «proporcionada» a cada delito (41).

Por otra parte, si bien nadie discute seriamente la vinculación legislativa y judicial a las exigencias del principio de proporcionalidad, es cierto que tampoco a nadie se le ocultan las dificultades que entraña su control (42), no sólo por la necesidad de fijar los criterios de la medición, sino por la dificultad de afirmar indubitadamente la desproporción manifiesta de una sanción. La relatividad del test de proporcionalidad alude también, en este sentido, a la limitación del juicio que se establece, en cuanto sólo puede arrojar un resultado positivo, en el sentido de considerar desproporcionada la medida sometida a análisis, cuando desborde alguna de las prohibiciones a que hace referencia su contenido de forma manifiesta. Ello implica que sólo la desproporción extrema adquiere relevancia jurídica, hipótesis que, además, no será frecuente (43).

Nada es proporcionado o desproporcionado ontológicamente, sino en referencia a unos criterios que deben concretarse. No existe un juicio de proporcionalidad absoluto, sino un juicio de proporcionalidad temporal y localmente determinado, relacional y teleológicamente definido

---

(38) En este sentido, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», pp. 466 y 467.

(39) Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad*, p. 33.

(40) Lo subraya, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604.

(41) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 159. Vid. también el planteamiento de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 398.

(42) Destacando este aspecto, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 461. Vid. también JUANATE Y DORADO, «control de alcoholemia», p. 533. Críticamente sobre las prestaciones que está ofreciendo el principio en el control constitucional de la ley penal, DÍEZ RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», pp. 98 ss.

(43) Vid. BARNES, «principio de proporcionalidad», p. 16.



y formado en base a consideraciones de política-criminal que se consideren asentadas en cada ámbito penal. Y lo que, obviamente, permite operar a la Doctrina y, sobre todo, a la Jurisprudencia, no es el principio en sí, en su formulación abstracta, sino los aspectos en base a los que se pueda determinar la existencia o no de proporción entre el delito y su consecuencia jurídica (44). Claro que el principio no resuelve de modo absoluto ninguno de los dilemas que hoy dividen a la Ciencia penal española, como a veces se critica; pero sí permite abordar diferentes cuestiones con un referente claro si a la idea de proporcionalidad se le dota de un contenido relativamente preciso en base a criterios sólidos, siempre partiendo de coyunturas políticas, sociales y criminales concretas de las que ciertamente no es posible abstraerse. Y si bien debe admitirse la imposibilidad de instrumentalizar el principio para fijar una funcionalidad óptima (45), en la realidad judicial penal, que es donde encuentra su cauce lógico de expresión –más que en la labor de control del Tribunal Constitucional, a pesar de la atención que merezca ésta–, aun aceptando la «relativa» vaguedad del juicio, permite claramente establecer unas pautas de actuación –muchas de ellas incluso reconocidas legalmente en el ámbito penal– que no pueden obviarse.

Y, por supuesto, hablamos de un principio que opera, o debe hacerlo, tanto en el momento de la elaboración o creación del Derecho como en el de su interpretación y aplicación. Y que tiene como destinatario, por tanto, al Poder legislativo –que en el ámbito penal ha de prever la sanción para determinados comportamientos atendiendo los requisitos del principio– y al Poder judicial –que ha de imponer cada concreta sanción en función también de ellos– (46). Más aún, el principio debe vincular al juez con unos parámetros similares –y esto es importante subrayarlo ya ahora– y en unos momentos normativos análogos a la hora de seleccionar la concreta regla legal de resolución del conflicto, interpretar los contornos del tipo penal, desechar la punición de conductas de escaso desvalor, elegir la sanción eficaz para los fines de protección que la norma persigue y sancionar mínimamente cuando las facultades de elección no permitan la imposición de una pena estricta o internamente proporcionada en comparación con los beneficios que comporta la aplicación de la norma y no sea posible la falta de subsunción o la justificación o la exculpación del comportamiento (47). Es casi una

---

(44) Así, HASSEMER, *Fundamentos*, p. 280.

(45) En estos términos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 176.

(46) Con mayor detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 125 ss.

(47) Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 183.

obviedad insistir en el importante papel que ha de cumplir el principio en el momento de aplicación de la ley. Y, en lo que aquí interesa subrayar, los criterios que se utilicen para analizar la proporcionalidad de una norma, sea en su previsión, sea en su aplicación, no es que hayan de ser idénticos, puesto que en ésta existirán más datos a tener en cuenta, pero sí al menos no contradictorios, siendo imposible afirmar la proporción de una sanción que concreta una previsión ya en sí desproporcionada, pero sí en cambio afirmar la desproporción de una sanción que concreta una norma legal proporcionada en abstracto.

También es conveniente destacar que si bien es cierto que ha sido en el ámbito de estudio de las consecuencias penales donde con más detalle se ha analizado el principio de proporcionalidad, al cumplir éste una función de garantía en cuanto a la restricción de la intervención estatal en el ámbito propio de cada ciudadano aparece como instrumento, se dirá, de ponderación real y material de la justicia en todas las diferentes categorías dogmáticas que reflejan el estado actual del Derecho penal, tanto en la teoría de la pena como también en la teoría del delito como, por supuesto, en la aplicación procesal de ambas (48).

Interesa matizar en todo caso, aunque sea obvio, que cuando se señala que el principio de proporcionalidad irradia sus efectos en dos ámbitos diferentes, el de los presupuestos de la pena –si el hecho es o no delictivo y en qué medida lo es– y el de la individualización de la pena –cómo debe ser sancionado ese hecho (49)–, en realidad no puede hablarse del principio de proporcionalidad en la teoría del delito –o de cómo aplicar el principio a la concreción de si un supuesto de hecho puntual es o no subsumible en un dictado típico específico– sin referencia a la consecuencia que se deriva de la diferenciación de instituciones que se realiza en ella. Hablar de la proyección del principio en la distinción entre dolo e imprudencia, autoría y participación o, incluso, imputabilidad e inimputabilidad es algo que sólo tiene sentido si se relaciona la distinción con la diferente respuesta penal que se va a dar a uno u otro caso. Y será la pena prevista para un concreto precepto la que desde la idea de proporción permita decidir qué contenido se le da a éste y si una conducta es subsumible o no en él, siempre por supuesto que exista margen de interpretación. En sentido inverso, lo mismo ocurre con el análisis del principio en la teoría de las consecuencias. Esto es lo que implica aceptar la influencia del principio en el ámbito de la teoría del delito: la posibilidad de interpretar el conte-

---

(48) *Vid.* URQUIZO OLAECHEA, «Principio de proporcionalidad», pp. 194 y 209.

(49) Así lo plantea JAÉN VALLEJO, «principios superiores», p. 55.

nido de un precepto en función de la gravedad de la pena que prevé el legislador para sancionar las conductas que atentan contra lo que ha de deducirse en función de esa previsión que pretende tutelar.

4. Por lo que se refiere al contenido del principio, como ya se ha destacado reiteradamente (50), se va imponiendo una concepción cada vez más amplia del mismo que apunta a la funcionalidad de la medida, en la que el principio comporta no sólo la interdicción de la pena excesiva respecto a su fin, sino también la que resulte innecesaria para alcanzarlo en relación con otras medidas posibles, orientación ésta consecuente con la configuración del Estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona (51). Esta concepción amplia es la que acostumbra a descomponerse en los principios, subprincipios o requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los que en ocasiones se incorpora la exigencia de relevancia social del bien jurídico protegido o de la finalidad de la medida objeto de control, analizada normalmente en el seno del juicio de idoneidad.

Frente a las críticas que se formulan en relación con ese modo de definir el principio en sentido amplio, centradas tanto en relación al esquema aplicativo que sigue el orden de enunciación de las distintas exigencias cuanto a la superposición parcial de sus contenidos, debe insistirse en que los distintos requisitos de la intervención penal respetuosos con un principio de proporcionalidad construido desde el Derecho administrativo y constitucional están presentes en las posturas de la gran mayoría de autores, aun con diferente terminología y diferentes ordenaciones.

A modo de síntesis, puede afirmarse que la idea de idoneidad exige atender cuál es la pretensión del Derecho penal y aceptar que si ésta es la prevención de delitos, la pena deberá ser útil a tal finalidad. Ello exige determinar previamente cuáles son los delitos que se trata de evitar, esto es, cuáles son los bienes jurídicos que se trata de proteger. Si no hay finalidad que conseguir es imposible hablar de idoneidad de la medida que la pretende. Y la misma, en Derecho penal, sólo puede establecerse a partir de la concreción del objeto de protección, el bien jurídico. Por eso, y aunque buena parte de la doctrina vincula la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos con el requisito de la necesidad, debe aparecer como presupuesto incluso al requisito de la idoneidad. Claro está que si no hay bien jurídico a proteger –en cuanto a

---

(50) Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 136 ss.

(51) LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 161.

su auténtico concepto material— no se necesita el Derecho penal, pero el análisis de su existencia debe ser algo previo.

El requisito de la necesidad, que exige la intervención menos agresiva posible con el mayor grado de eficacia tuteladora evitando restricciones de libertad innecesarias, se vincula a exigencias de mínima intervención, claramente asociadas a la idea de subsidiariedad —utilizar otros mecanismos menos lesivos si es posible— y sólo en cierta medida a la idea de fragmentariedad —en cuanto no se necesita la intervención penal cuando no es especialmente importante el costo de libertad que se sufre con el ataque a un interés determinado—, teniendo en cuenta que si no hay costo alguno porque no hay bien alguno legítimo materialmente a proteger ni siquiera habría que comprobar la necesidad porque no tendríamos el presupuesto que justificaría la intervención penal. Si se quiere, otra forma de expresar lo mismo es relacionando la idoneidad, positivamente, con la finalidad de tutela del Derecho penal y la necesidad, negativamente, con la del límite de dicha tutela.

La comprobación de los requisitos de idoneidad y necesidad daría paso, siendo la intervención penal idónea para prevenir la comisión de infracciones penales —porque puede intentar evitarlas y porque su coste permite utilizar tal instrumento— y necesaria para ello —porque no hay otra alternativa óptima—, al análisis de un tercer requisito que exigiría imponer la sanción penal menos restrictiva posible para no sacrificar un cupo de libertad innecesario, requisito en el que sin duda los dos anteriores, ciertamente, vuelven a aparecer, pero igual que de alguna forma él también aparece en ellos.

El enjuiciamiento de los diferentes requisitos del principio no es un proceso tasado, compartimentado en secciones estancas, porque no puede serlo; y es lógico, inevitable y quizás incluso deseable que haya interferencias. Una pena será idónea para prevenir un delito en función de su cuantía; será necesaria en función de su cuantía; será proporcionada en sentido estricto en función de su cuantía, cuantía que a su vez será razonable en función de lo que se pretenda proteger y en función de cuánto o cómo se necesite hacerlo. Claro que en los diferentes juicios se mezclan razonamientos utilitarios y valorativos, pero porque ni los unos excluyen los otros ni pueden excluirlos en un Derecho penal orientado a las consecuencias, sí, preventivo, sí, pero desde el respeto a unos principios hoy prácticamente incuestionables.

En cuanto al requisito de la adecuación o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento como condición de proporcionalidad, lo cierto es que al margen de los casos más evidentes, que encierren una clara ausencia de sintonía entre la norma legal y la realidad político-social en que se encuadra aquélla, es difícil aceptar la inidoneidad de

una norma –y una pena– promulgadas, al menos en la actual situación del Derecho penal, con todas las garantías formales que se requieren jurídicamente (52). Otra cuestión es la del debate político-criminal que pueda suscitarse sobre la necesidad de evolución legislativa en determinadas materias. Y si aceptamos la idoneidad en abstracto de cada pena que prevé el legislador –en nuestro concreto espacio jurídico– es difícil que los Tribunales puedan imponer penas inidóneas si éstas se enmarcan en los límites fijados legalmente.

Al igual que el requisito de la idoneidad, también la idea de necesidad –y al vincularse también a la finalidad que pretende alcanzarse con la medida prevista–, remite al rasgo definidor del Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos (53).

La vinculación de la protección de bienes jurídicos con la exigencia de proporcionalidad parece evidente; quizás, no obstante, más con el requisito de la idoneidad en cuanto a lo que es la finalidad de la intervención penal dirigida a tutelar exclusivamente bienes jurídicos y más con el requisito de la necesidad en cuanto a lo que es la limitación de dicha intervención a los supuestos en que los bienes objeto de posible protección la necesiten. Esto es, la intervención penal –la medida– debe permitir garantizar –ser apta, idónea para ello– la tutela de bienes jurídicos –que es lo que define el Derecho penal– pero, además, acudiéndose a ella porque es la única con la que puede conseguirse esa tutela.

Por otra parte, si es frecuente la vinculación del requisito de la necesidad de la intervención penal con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos –aunque es importante insistir en que éste no puede desvincularse ni de la idea de idoneidad de la intervención ni de lo que se definía como presupuesto al análisis de ésta–, es más estrecha si cabe la relación o incluso identificación que en muchos casos se efectúa de la necesidad con la exigencia específica de intervención mínima (54), no exactamente coincidente. Esta vinculación remite a

---

(52) Vid. la crítica de Díez RIPOLLÉS, «control de constitucionalidad», p. 93, sobre el desarrollo de este elemento por el Tribunal Constitucional, que parece pretender atender, en el nivel de racionalidad pragmática, dice este autor, la efectividad de la norma como directiva de conducta de los ciudadanos, aunque brillan por su ausencia, subraya, criterios que pudieran resultar operativos a la hora de verificar la correspondencia de la norma con los principios de efectividad o eficacia, como capacidad de recepción del mensaje, crédito del legislador, recursos disponibles, experiencias existentes, previsiones de evaluación del funcionamiento del sistema, etc.

(53) Específicamente, con ulteriores referencias, por todos, AGUADO CORREA, *principio de proporcionalidad*, pp. 59 ss. y 147.

(54) Entre otros, AGUADO CORREA, *principio de proporcionalidad*, pp. 147 y 214 ss.; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDECASAS, *Parte General*, pp. 55 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, pp. 85 ss.; CUERDA ARNAU,

su vez a las características de fragmentariedad y subsidiariedad que se predicán del Derecho penal (55), si bien la idea de fragmentariedad aparece en mi opinión, como antes señalaba, más vinculada a la exigencia de idoneidad de la intervención penal.

En cuanto a los conceptos de susceptibilidad, merecimiento y necesidad de pena, son muy diferentes las implicaciones que se asocian a cada uno de ellos, que a menudo se enlazan con consideraciones tanto sobre la necesidad de la pena, como sobre su idoneidad o incluso su proporcionalidad en sentido estricto.

Se trata de una cuestión quizás más terminológica y de ordenación temporal o simplemente lógica de los requisitos de análisis que implica el principio de proporcionalidad que de una discusión basada en cuestiones dogmáticas irrenunciables. En mi opinión, tanto la idea de susceptibilidad como la de merecimiento de pena reflejan aspectos a considerar incluso con carácter previo a la comprobación del requisito de la idoneidad de la intervención, en tanto la idea de necesidad sí cabe vincularla al requisito de la necesidad de la medida. La construcción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos desde la idea de mínima intervención tiene otra estructura, pero sí parece obvio que la consideración de la protección de bienes jurídicos como principio informador –más incluso, definidor– del Derecho penal representa un concepto previo al propio planteamiento de los tres requisitos del juicio de proporcionalidad en sentido amplio. Y si ciertamente la idea de subsidiariedad sí aparece claramente vinculada al requisito de la necesidad, el rasgo de la fragmentariedad está en relación tanto con éste, en cuanto a la consideración sólo de los ataques más graves a los bienes a tutelar, como con esa consideración previa al requisito de la idoneidad, en cuanto a la atención sólo a los bienes auténticamente relevantes para la convivencia social. Lo que ocurre es que lo que se conoce como juicio externo de la proporcionalidad de la intervención penal en sentido amplio no es fácilmente escindible en diferentes procesos; sí

---

«principio de proporcionalidad», p. 470; CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo*, p. 1137; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «intervención mínima», pp. 249 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», pp. 175 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias jurídicas*, p. 38; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal*, pp. 60 ss.; PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», p. 1581; o SERRANO-PIEDecasas, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 106.

(55) Así, Díez RIPOLLÉS, *racionalidad de las leyes*, p. 128. En «control de constitucionalidad», p. 94, afirma incluso que de hecho el Tribunal emparenta directamente el principio de proporcionalidad con el de subsidiariedad, siendo los resultados por hacerlo operativo bastante magros, dirá, pues al identificarse con éste no va más allá de él.

relativamente en un sentido conceptual, pero no en cuanto a la posible exigencia de un análisis progresivo. En todo caso, el problema es únicamente de adaptación de una terminología de procedencia administrativa y constitucional a un Derecho penal plenamente consolidado en cuanto a los rasgos que lo definen y en el que hasta fechas recientes no se ha introducido dicha terminología, al menos de forma precisa y con el alcance que ahora se pretende.

Interesa también subrayar que el requisito de la necesidad, si bien adquiere especial relevancia en el momento legislativo, opera asimismo en el momento de aplicación de la ley penal (56), tal y como se viene insistiendo también en relación con el propio principio de protección de bienes jurídicos, convertido en la actualidad en un elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación (57). En este marco específico de la aplicación de la pena la exigencia de constatar su necesidad se puede concretar tanto en el ámbito de interpretación del precepto en función de lo que se necesita –y se desea– tutelar como en el de ejercicio de las facultades relativamente discrecionales que la Ley concede al Juez para individualizar la penalidad.

En cuanto al tercero de los requisitos del principio, el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto exige que los medios de actuación estatal, idóneos y necesarios, guarden una relación razonable con el fin perseguido, en una ponderación entre la privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas previstas o impuestas (58) o, aún más específicamente, a la ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal (59). Por ello su contenido enlaza también con la concreción de la finalidad del Derecho penal –y de la pena– (60), que será la que permita enjuiciar los beneficios derivados de la intervención (61).

---

(56) *Vid.*, por ejemplo, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 159 y 263; GÓMEZ BENÍTEZ, «proporcionalidad de las penas», p. 55; o MORILLAS, *Parte General*, p. 41.

(57) *Vid.*, de nuevo con numerosas referencias, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», pp. 168, 201 ss. y 263.

(58) Véase BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDecasas, *Parte General*, p. 55.

(59) En este sentido, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 277; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 88; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 474; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; o PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», p. 1581. A la ponderación de los intereses en juego se referirá CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo*, p. 120.

(60) Expresamente, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 474.

(61) *Vid.* AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 292.



## II.

1. En el análisis de ventajas y beneficios en términos de libertad que se utiliza para analizar la idea de proporcionalidad, al menos en su sentido más estricto, lo que el principio exige, en un Derecho penal de mínimos, es que el coste socio-individual de la pena no supere la desventaja que pueda causar la comisión del delito o, en otros términos, que la previsión e imposición de la pena, con todas sus desventajas, no sea más perjudicial –en términos globales de libertad– en relación con los beneficios que con ella se obtiene (62).

Parece evidente entonces que el primer referente de la proporcionalidad de una pena ha de ser el de la finalidad que con ella se pretende –tanto en su conminación general, como en su imposición concreta (63)–, y no ya sólo en cuanto a la comprobación de su idoneidad o de su necesidad –o de los presupuestos que la justifican–, sino también en cuanto al requisito de la proporcionalidad en sentido estricto. Esa finalidad será la que debiera permitir penas mayores o menores e incluso su propia previsión o su inexistencia, su derogación o su ausencia de aplicación. Eso refiere la relación medio a fin que define la idea de proporción.

La finalidad a conseguir con la intervención penal –todas las que se entiendan legítimas en un Estado social y democrático de Derecho– integra necesariamente el beneficio de la intervención y condiciona el resto de criterios a tener en cuenta para valorar tal beneficio (64). Toda finalidad viene lógicamente definida porque la misma representa un beneficio; si no, no cabe ya de entrada admitirla como tal. Sin perjuicio, por supuesto, de que la mayor importancia de una finalidad –su preponderancia frente a otras– deba exigir mayor esfuerzo en su consecución y, por tanto, tenerse en cuenta de modo prioritario en el análisis del margen coste-beneficio. Pero ni puede afirmarse, por ejemplo, que la idea de proporcionalidad puede quebrar por razones preventivas ni que puede quebrar por razones retributivas, porque la integración de unas, de otras o de ambas en lo que son las finalidades de la intervención penal condicionará el juicio de proporcionalidad. Y así, por ejemplo, una pena no podrá considerarse desproporcionada pero justificada por razones de prevención especial, porque o esta finalidad se integra

---

(62) Ampliamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 173 ss.

(63) Así lo precisa con razón, por ejemplo, JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 190.

(64) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», p. 176.

como criterio de análisis de la proporción de la norma, de tal modo que si se tiene en cuenta difícilmente podrá calificarse la norma como desproporcionada, o bien no se integra como tal, en cuyo caso no sólo será desproporcionada la norma que atienda tales consideraciones y no las que definen lo proporcionado, sino que además en modo alguno podrá aceptarse su legitimidad, al descartarse como finalidad a conseguir. Esto es, la finalidad de la intervención penal condiciona de modo absoluto el juicio de proporcionalidad de una norma, que sólo podrá considerarse positivo cuando ésta respete aquélla, por supuesto, en toda su complejidad.

La vinculación de la pena con planteamientos preventivos –cualesquiera que sean éstos– es consustancial a un Derecho penal orientado a las consecuencias (65). Por ello, al abordar la cuestión de la proporcionalidad de las penas ha de insistirse en la necesidad de atender criterios de prevención a la hora de establecer la que ha de corresponder a un determinado comportamiento.

En la confrontación incorrecta que a menudo se efectúa entre prevención y proporción, lo que ocurre en realidad es que se asocia ésta, en mi opinión incorrectamente, únicamente a la correspondencia entre la gravedad de la pena y una gravedad del delito que habría que explicar cómo se concreta, pero que en todo caso no parece integrar la finalidad preventiva en la propia definición. Y, en relación con ello, hay relativo consenso en desterrar la pretensión de elaborar lo que se denomina un principio de proporcionalidad invertido (66). Así, se afirma que la proporcionalidad penal como principio garantístico se opone a ser desbordada hacia arriba, pero no a serlo hacia abajo (67), o que cabe la imposición de una pena inferior a la proporcionalmente adecuada (68), a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad (69) o a la que se ajuste a la medida de lo injusto y de la culpabilidad (70) por razones de prevención, con lo que en cierta medida las consideraciones preventivas –y también retributivas– desempeñan únicamente una función limitadora de la aplicación de la pena (71), frente a planteamientos preventivos de carácter fundamentador, que habrían de oponerse a

---

(65) En este contexto, específicamente, entre otros, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 484; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; o SERRANO-PIEDecasas, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 105.

(66) Por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 89.

(67) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 259.

(68) En estos términos, JAREÑO LEAL, *impago de multa*, p. 188.

(69) Así, CHOCLÁN MONTALVO, «pena adecuada a la gravedad», p. 1520.

(70) Vid. GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57.

(71) Así, el mismo GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 60.

la imposición de penas inferiores a lo proporcionado preventivamente y por supuesto frente a planteamientos retributivos que habrían de oponerse a la imposición de penas inferiores a lo justo. Como también lo hay, por ello mismo, en entender que la revisión de los planteamientos retributivos no puede exacerbar el ideario preventivo, que puede llegar a ser, se señala, más peligroso en sus excesos (72) ya que lo útil no está sólo por serlo justificado (73). De ahí la exigencia de limitar mediante la idea de la proporcionalidad la pena que se prevea o imponga a un comportamiento.

Pero en mi opinión (74), con independencia de cuál sea la finalidad del Derecho penal, el principio de proporcionalidad, en sí y en su construcción actual no refleja sino una idea de relación, una idea de correspondencia entre magnitudes. Y en ese sentido entiendo incorrecto aludir a que pueda o no estar justificado el desbordar la exigencia de proporción hacia arriba o hacia abajo sin que quiebre el principio de proporcionalidad; la proporción existe o no existe y si es así, porque se rebasan los límites de lo proporcionado –hacia arriba o hacia abajo–, el principio no se podrá entender salvaguardado. Cuando se mantiene, en la afirmación más frecuente, que el respeto a la idea de prevención especial permite penas menos graves que lo que pueda exigir el principio de culpabilidad, no se puede señalar al mismo tiempo que se desborda hacia abajo la exigencia de proporcionalidad; la pena seguirá siendo proporcionada, simplemente que de entre los criterios que permiten constatar dicha proporción habrá sido el de la ausencia de necesidad de determinada prevención especial el que se haya priorizado.

La cuestión sigue siendo cómo se delimita lo que es proporcionado. La cuestión sigue siendo cómo concretar la segunda magnitud a la que referir la proporción que se exige de una pena. Hoy en día, máxime si incluimos los criterios de adecuación y de necesidad, qué duda cabe que esa magnitud ha de asociarse a la finalidad que se pretende alcanzar con ella. Y si ésta, en nuestro orden penal-constitucional consiste básicamente en tutelar –minimizando violencias y garantizando espacios de libertad– bienes jurídicamente reconocidos como merecedores y necesitados de dicha tutela, la pena tiene que poder conducir a esa finalidad. Será proporcionado entonces todo lo que garantice la prevención de delitos, siempre claro está que dicha prevención no sea más costosa –y aquí sin duda entran criterios de adecuación a la grave-

---

(72) Así, GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 77.

(73) De nuevo, CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 484.

(74) Con mayor detenimiento, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 201 ss.

dad del hecho— que su lesión en un juicio global que tiene que tener en cuenta todo el coste de la intervención penal y todos sus beneficios. Discutir sobre si la proporcionalidad deriva de criterios retributivos o preventivos o sobre si es compatible con éstos —bien o mal entendidos—, olvidando de entrada que la compatibilidad dependerá de si forman parte o no de la finalidad a cumplir con la pena de la que se enjuicia su proporción, es indiferente si existe consenso acerca de la exigencia de este principio así definido y si existe consenso además en lo que se considera desproporcionado, algo en lo que no hay básicamente desacuerdo, salvo en posturas extremas; más aún cuando los desacuerdos sobre aquello que es proporcionado y aquello que no lo es no surge por el hecho de mantener planteamientos predominantemente retributivos o planteamientos predominantemente preventivos.

Lo proporcionado no es ni lo más aconsejable preventivo-general o preventivo-especialmente, ni lo más aconsejable culpabilísticamente. Lo proporcionado es aquello que guarde correspondencia con todos los elementos que se considere han de ser tomados en cuenta en el análisis a llevar a cabo en la valoración de la conveniencia de la pena a imponer a un sujeto. Y ahí han de entrar todas las variables. No puede decirse que una pena leve para un hecho grave —que se entiende adecuada porque no se necesita pena mayor desde una perspectiva preventiva especial— no es proporcionada, pero que ello no importa porque la proporcionalidad es sólo un límite a la idea de prevención. Por supuesto que es proporcionada; simplemente ocurre que en el análisis de la proporción ése de la prevención especial es un factor a tener también en cuenta —a tener especialmente en cuenta—, no para poder quebrar hacia abajo lo proporcionado —que no es factible, porque estaríamos entonces aceptando la pena desproporcionada— sino para precisamente buscar lo proporcionado atendiendo, también —como otros—, factores de prevención especial. Otra cosa es que se diga que la pena resultante no se corresponde con la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Esta afirmación sí será correcta; lo que ocurre es que una tal correspondencia no garantiza la proporcionalidad de una pena —no se olvide, en nuestro modelo penal y desde lo que define la intervención punitiva—, salvo que se entienda —lo que no es viable— que los criterios que la delimitan culpabilísticamente son los únicos a tener en cuenta en el análisis de su proporcionalidad.

Es cierto que la idea de proporcionalidad es referencial, valorativa y que es difícil establecer con certeza los parámetros de comparación, pero si la vinculamos a la garantía del mantenimiento de libertades que, en sentido amplio, justifica la intervención penal, podremos afirmar —no prescindiendo de consideraciones preventivas o retributivas,

pero sí relativizándolas— que una pena de cincuenta, treinta o diez años de prisión por un delito —o por tres— de hurto, en nuestra sociedad actual, no es proporcionada, desde ningún prisma; y no se podrá decir que sí puede ser proporcionada con arreglo a criterios preventivos, porque esta afirmación es incorrecta de principio.

Se ha señalado, por otra parte, que si bien en abstracto la pena adecuada a la finalidad de la tutela prevista penalmente será aquélla que sea proporcionada a la gravedad del delito del que es consecuencia, en el caso concreto bien pudiera ocurrir que la citada finalidad se cumpla con una pena menor o en su caso sin necesidad de acudir a pena alguna. En esta hipótesis, se dice, la exigencia de proporcionalidad habría de entenderse «conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el auténtico objeto de la ponderación, y no según la gravedad del delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarla» (75). La cuestión, sin embargo, es cómo se define dicha gravedad; y en mi opinión se antoja difícil entender que un hecho no necesita respuesta penal alguna porque la misma no satisfaría finalidad alguna y entender al mismo tiempo que el hecho sigue siendo grave; lo podrá ser conforme a algún criterio concreto, pero no conforme a otros y no, en todo caso, en una valoración global del mismo. Aunque, obviamente, si la gravedad del delito refiere únicamente a la de lo injusto típico o a la de la culpabilidad del autor aquélla afirmación sí será factible.

2. Con carácter abstracto, al delito de modo genérico, o a su gravedad, la gravedad o entidad del hecho o de la infracción penal se ha referido buena parte de la doctrina para establecer un criterio de ponderación concreto en relación con la medida de la pena a prever o aplicar en cada caso, ya en el enjuiciamiento de ésta desde una perspectiva amplia ya cuando se analiza lo que es en sí la proporcionalidad en sentido estricto (76). No ya por razones retributivas, sino atendiendo básicamente a la idea de culpabilidad por el hecho o entendiendo el principio de proporcionalidad como principio garantista. En mi opi-

---

(75) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 85.

(76) Así, entre otros, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 315; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDecasas, *Parte General*, p. 62; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CEREZO MIR, *Parte General I*, p. 26; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 120; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; JAREÑO LEAL, «impago de multa», p. 185 y 210; LASCURAIN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», pp. 174 ss.; LUZÓN PEÑA, «Alcance y función», p. 36; MIR PUIG, *Parte General*, p. 137; u OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «concepto de Derecho Penal», pp. 283 ss.

nión, también debe aceptarse tal criterio por la propia finalidad preventiva del Derecho penal, desde un razonamiento lógico que exige mayor actuación cuanto mayor importancia se dé a la prevención de un comportamiento y mayor importancia a dicha prevención cuanto mayor sea la relevancia del interés a proteger.

Parece indudable que la definición de la gravedad del hecho –en su relación con la gravedad de la pena que va a ser su consecuencia– ha de abarcar todos aquellos aspectos que ayuden a delimitar un enjuiciamiento lo más completo posible de lo que implica la idea de proporción desde la perspectiva del análisis de todos los costes y todos los beneficios que conlleva la intervención penal (77), que, a mi juicio debiera incluir la posibilidad de su consideración concretamente referida al sujeto que lo comete y a las condiciones en que se realiza y a las finalidades que la pena debe cumplir genérica y específicamente en ese supuesto.

A la hora de valorar la gravedad del delito, y es esto algo que nadie cuestiona, el primer referente al que hay que acudir es el del bien jurídico que con su previsión trata de tutelarse. Si la finalidad prioritaria del Derecho penal –desde la perspectiva de la minimización de violencias– es, en síntesis, la tutela de bienes jurídicos, y éstos se entienden como condiciones indispensables de desarrollo personal, cuanto más valor se le otorgue a cada uno de ellos mayor será el esfuerzo que habrá de desplegarse en garantizar su incolumidad; y en ese esfuerzo, siendo la pena el principal instrumento al que se recurre en la intervención penal, la misma, en principio, parece habrá de ser mayor –con independencia de que también se atiendan otros criterios, obviamente– cuanto más importancia –o relevancia constitucional y social– tenga el bien tutelado (78).

El criterio de la trascendencia social del daño –por la trascendencia de la afección al bien jurídico y a lo que representa en su valora-

---

(77) Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 174.

(78) Vid., entre otros, expresamente, ÁLVAREZ GARCÍA, «Principio de proporcionalidad», p. 2058; ARROYO ZAPATERO, «Derecho y Constitución», p. 1; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; Díez RIPOLLÉS, *racionalidad de las leyes*, p. 162; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «límites del *ius puniendi*», p. 103; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 35 ss. y 72 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la Dogmática?», p. 151; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 447, en relación al concepto de culpabilidad por el hecho; LUZÓN PEÑA, «*Ius puniendi*», p. 3781; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 525; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, p. 85; PERIS RIERA/CUESTA PASTOR, «proporcionalidad de los sacrificios», pp. 1581 ss.; o SERRANO-PIEDCASAS, *fundamentos del Derecho Penal*, p. 109.

ción colectiva para garantizar espacios autónomos de desarrollo personal— lo que permite es precisamente preservar la ausencia de intervención penal —al margen de disputas retributivas y preventivas— cuando de entrada la ganancia de libertad que se obtiene con una intervención penal desmesurada ante bienes en absoluto valorados de forma especialmente positiva socialmente o ante ataques apenas significativos a los que sí se valoran es imperceptible en comparación con la entidad de la pena prevista.

Ahora bien, obviamente el establecimiento de marcos penales de referencia no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta la distinta importancia de los bienes constitucionalmente contemplados (79). Ha de tenerse en cuenta también la afectación del bien por la conducta que se tipifica o que de modo específico se desarrolla contra él, teniendo siempre en cuenta el coste que en sí implica ya el mero hecho de la tipificación penal para los márgenes de libertad personal (80).

La necesidad de tener en cuenta el modo en que se afecta el bien tutelado para concretar la gravedad de la pena a imponer remite al análisis del desvalor del hecho típico (81) en cuanto al resultado producido, pero también, precisamente en un Derecho penal preventivo, a su desvalor de acción. También al concepto de culpabilidad (82), tanto en cuanto a lo que implica la idea de culpabilidad por el hecho —aten-

---

(79) Por todos, CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, p. 203.

(80) Expresamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 188.

(81) Entre otros, específicamente, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 285; BOLDOVA PASAMAR, *Consecuencias jurídicas*, p. 180; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *sistema de Derecho penal*, p. 35; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, p. 212, que alude a la gravedad de la conducta; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Parte General*, p. 85; CUELLO CONTRERAS, *Derecho penal*, p. 120; CUERDA ARNAU, «principio de proporcionalidad», p. 475; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, p. 604; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 447, que, al definir la culpabilidad por el hecho, alude a datos objetivos y personales; GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57; JAREÑO LEAL, *impago de multa*, p. 186; JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 105; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «proporcionalidad de la norma», p. 174; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, p. 38; MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales», p. 523; MIR PUIG, *Parte General*, p. 136; o SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1123.

(82) Véanse las consideraciones de AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 315; BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO-PIEDRECASAS, *Parte General*, p. 61; BOLDOVA PASAMAR, *consecuencias jurídicas*, p. 180; GRACIA MARTÍN, *consecuencias jurídicas*, p. 57; JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 105; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «principio constitucional de proporcionalidad», p. 1123; o SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 261.



dible no obstante al menos también, y preferentemente, en el ámbito de la gravedad del injusto— como en cuanto a lo que significa la exigencia de atribuibilidad o responsabilidad personal.

### III.

1. En el momento judicial el ámbito de proyección del principio de proporcionalidad se manifiesta claramente tanto en la fase judicial de concreción de la pena legalmente prevista —si se prefiere, de determinación judicial de la pena— como en la de individualización en sentido específico. Pero interesa destacar la vinculación al principio de proporcionalidad de los Tribunales también ya en el primer momento de la determinación de la pena, en el que se ha de seleccionar la norma a aplicar, que conlleva un abstracto, pero definido, marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis —judicial— de la proporcionalidad de dicha pena en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse (83).

Por lo que respecta en concreto al problema de lo que es estrictamente la individualización judicial de la pena, el mismo se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y con la cuestión, al mismo tiempo, del respeto al principio de legalidad de las penas (84). La mayoría de la doctrina entiende posible seguir aludiendo a una cierta discrecionalidad en el ejercicio de la actividad judicial, limitada y sometida a un conjunto de criterios valorativos (85); sin embargo, acertadamente se ha señalado que eso ya no es verdadera discrecionalidad, sino una auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues no se trata de elegir entre varias posibilidades igual de correctas, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino de concretar los juicios de valor de la ley y de conseguir los fines de aquélla en cada caso, determinando la pena correcta (86). Lo que ocurre es que es esa aplicación reglada del Derecho la que va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o

---

(83) Detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(84) Ampliamente, GALLEGO DÍAZ, «determinación de la pena», pp. 218 ss.

(85) *Vid.* las referencias de DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(86) Así, SILVA SÁNCHEZ, «individualización judicial de la pena», p. 140. *Vid.* también RAMOS TAPIA, «El control del arbitrio judicial», p. 618.

que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada la infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial. Lo que es cierto en todo caso es que ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse plenamente, con independencia de los criterios que se expliciten de modo expreso legalmente, ni de la finalidad de la norma a aplicar ni del respeto a los principios que limitan –o más aún definen– el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio de proporcionalidad (87) y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de su individualización.

2. En el momento de individualización de la sanción se parte de una pena, parcialmente determinada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido observar los criterios que permiten afirmar su proporcionalidad en relación a lo que se pretende conseguir con ella. Partimos, por tanto, de una pena proporcionada en abstracto que hay que concretar judicialmente atendiendo al hecho concreto y al autor concreto objeto de enjuiciamiento en los Tribunales.

Pues bien, en él, como en las fases previas de su determinación, han de atenderse, en primer lugar, los fines de la pena. Por supuesto que el juez debe tomar como referencia las declaraciones expresas de la ley, pero también los fines de la pena; más aún, la determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada estadio de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales –explícitos legalmente o no– que concurren en la individualización de la pena como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer (88).

Apenas hay discusión en la doctrina sobre la necesidad de atender consideraciones de prevención especial –exclusiva, prioritaria o secundariamente– en la individualización de la pena, como acepta ya el propio legislador cuando regula, por ejemplo, los mecanismos de la sustitución de la pena impuesta o de la suspensión de su ejecución. Mayor discusión se establece a la hora de aceptar que la prevención general pueda ser tenida en cuenta en la fase de individualización judicial de la pena (89).

---

(87) *Vid.*, específicamente, GONZÁLEZ CUSSAC, «Arbitrio judicial», p.149; y MATALLÍN EVANGELIO, «arbitrio judicial», p. 337.

(88) *Vid.* las consideraciones de DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, pp. 33 y 73; o de JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 50.

(89) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 231 ss.

Ni el artículo 66 ni ninguno otro del Código aluden ciertamente a la prevención general, pero como tampoco hay mención expresa de la prevención especial entre las reglas de individualización de la pena; también son evidentes los riesgos cuando se opera con conceptos equívocos como puedan serlo el de «alarma social», etc., que a menudo se vinculan a esta finalidad penal –pero como también lo es, por otra parte, la propia expresión «gravedad del hecho» a la que sí se refiere dicho artículo–, algunos de los cuales, no obstante, incluso se contemplan, al menos implícitamente, en la legislación procesal. Cuando se cuestiona la posibilidad de atender la consideración preventivo-general de la pena en el momento de su individualización se piensa en una utilización de esta finalidad con efectos agravatorios –quizás por la experiencia percibida–, algo que no ocurre cuando se analiza el aspecto de la prevención especial. Pero igual de cuestionable puede ser ésta –positiva o negativa– si, prescindiendo de otras consideraciones, conlleva una instrumentalización de la persona por mucho que se atienda –o precisamente por eso– su individualidad. La cuestión es la de la ponderación de los diferentes criterios que deben entrar en juego para concretar la pena proporcionada y la prevalencia de unos sobre otros cuando sean incompatibles en cuanto a los efectos que deban derivarse de su apreciación, algo que, por otra parte, no sucederá en la mayoría de los casos. No puede medirse la necesidad de la pena o su proporción en sentido estricto –en el ámbito de lo concreto– sólo desde el prisma de la prevención especial, pues el marco que se determina legalmente –relativamente indeterminado– debe permitir poder modelar la pena atendiendo todos los factores cuya concurrencia se ha tomado en consideración para delimitar dicho marco. Los temores a una utilización desmedida de la idea de prevención general en el ámbito judicial –que no se justifican analizando la práctica más actual de los Tribunales– pueden contrarrestarse teniendo en cuenta que el operador siempre va a actuar dentro de unos límites que le vienen tasados. Y, en todo caso, de nada sirve negar la posibilidad de concretar una pena utilizando su finalidad preventivo-general por el riesgo a una instrumentalización de la persona si esa finalidad se acepta en una actuación legislativa que propugne penas –piénsese en los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo– en las que ésa y no otra finalidad es la que permite penas «desproporcionadas» en relación a la antijuricidad de la conducta, a la culpabilidad del autor y a planteamientos de prevención especial, al menos, positiva, que es cuestionable no produzcan esa instrumentalización, ya en sede legal. Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases de su vida y el único temor que ha de existir es el de la preponderancia excesiva e incorrecta que

pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir, en su conjunto, la intervención penal. En este sentido –y sólo en él– entiendo incorrecto afirmar que criterios de prevención general no pueden permitir imponer una pena más allá de la culpabilidad del hecho cometido si el legislador ha delimitado el marco en que deben operar los Tribunales teniendo en cuenta dicha prevención general, que, claro está, y como la culpabilidad por el hecho, también ha de especificarse a partir del supuesto concreto enjuiciado.

La mayoría de la doctrina, con unas u otras matizaciones, considera que la culpabilidad fija únicamente el límite máximo de la pena a imponer, siendo criterios de prevención los que deben utilizarse en su individualización definitiva. Pero de nuevo aquí, como con carácter general en relación a los criterios que deben determinar la gravedad de una pena en abstracto, la cuestión de la vinculación de la idea de culpabilidad –o de retribución, si se prefiere– a la de la proporcionalidad de la pena en concreto con los fines que con ella se pretenden conseguir remite a la cuestión de la vinculación entre las distintas teorías de la pena y de los límites que cada una de ellas opera frente al resto.

En la doctrina se ha insistido en que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio que limita la finalidad preventiva de la pena, y que cumple por tanto una función de garantía para el ciudadano, impide que la pena opere en perjuicio del autor o, en otros términos, se opone a ser vulnerado hacia arriba, no hacia abajo (90). Ya se ha afirmado cómo esto no es correcto –salvo que lo que se quiera señalar sea, desde un prisma retributivo, que lo que determina la proporción de la pena es su vinculación con la gravedad del hecho–, porque si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo. Se confunde en mi opinión, como antes se decía, la idea de proporcionalidad con la de culpabilidad por el hecho.

Claro que es cierto que el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o, más aún, renunciarse a la pena por razones de prevención especial –concretamente, por ejemplo, para impedir la desocialización de un sujeto o para facilitar su socialización– o en su caso incluso de prevención general –aunque normalmente ambas irán de la mano–, pero porque la pena seguirá siendo proporcionada y no contravendrá aquel principio. Simplemente ocurrirá que en las magni-

---

(90) *Vid.* las diferentes referencias de DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 241 ss.

tudes a comparar se habrán introducido, priorizándolos incluso, los criterios de prevención especial o general. La exigencia de proporción lo que debe impedir es –consciente de la tautología de la afirmación– todo aquello que implique desproporción –y, en consecuencia, la pena que conlleve la misma–, pero, y aquí la matización, teniendo en cuenta para evitar ésta no sólo criterios retributivos.

Por eso, otra cosa es que efectivamente se señale que la pena puede ser inferior a la medida de lo injusto o de la culpabilidad o incluso dejar de ser aplicada cuando así esté indicado por razones de prevención, normalmente, especial, pero también incluso general. En estos casos en los que la finalidad de tutela puede quedar satisfecha bien con una pena menor bien incluso sin pena alguna, la idea de proporcionalidad no ha de ser entendida desde el referente de la gravedad del delito –si ésta se define por el desvalor de sus elementos–; por eso no es dicho referente el objeto fundamental –o menos aún, único– de ponderación, sino únicamente un criterio más –qué duda cabe, fundamental– a la hora de efectuar el juicio de proporcionalidad (91).

Será el marco legal de la pena el que delimite el juego de la prevención general y especial, que son las que modulando la intensidad de la pena permitirán individualizar ésta en función de las características del hecho y de su autor; una modulación que también tendrá que producirse, no obstante, en función de los criterios que especifiquen la mayor o menor gravedad de lo injusto y la mayor o menor capacidad de culpabilidad, pues esto todavía no se ha podido tener totalmente en cuenta en el estadio de aplicación de las circunstancias modificativas.

La cuestión es, por tanto, la del juego de la prevención en relación con la idea de retribución o de culpabilidad por el hecho; no la de la confrontación con aquélla de una idea de proporcionalidad que debe ser partícipe de los distintos criterios que permitan adecuar la gravedad del medio a la importancia del fin para el que el mismo se prevé y cuya vulneración –pero por la razón que sea, hacia arriba o hacia abajo–, en consecuencia, nadie puede aceptar seriamente.

Y si aceptamos como finalidad del Derecho penal la de la prevención de conductas lesivas a intereses merecedores y necesitados de él, no veo cómo negar la necesidad de considerar razones de prevención –especial, lo que nadie cuestiona, pero también general, lo que la mayoría de la doctrina discute– para individualizar la pena judicialmente; por mucho que ya se hayan tenido las mismas en cuenta en el estadio legal de delimitación de la pena; reiteradamente se ha puesto de mani-

---

(91) Vid. AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 322, refiriendo la postura de Cobo y Vives.

fiesto la dificultad de lograr las finalidades que se pretenden con la institución de la pena, que han de permitir a su vez alcanzar las que se pretenden con la propia existencia del Derecho penal, si su asociación a cada una de sus diferentes etapas de vida tiene carácter excluyente.

Por supuesto que si aceptamos que aquella finalidad ha de pretenderse desde criterios de mínima intervención la atención a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad, y a su posibilidad de modulación, parece evidente. Pero es que lo lógico –y además así ocurre en la realidad–, es que no se plantee especial controversia a la hora de definir la pena proporcionada a cuantos criterios han de tenerse en cuenta para alcanzar el fin pretendido con la previsión de la norma penal.

Cuando los distintos criterios que hayan de tenerse en cuenta conduzcan a direcciones diferentes en cuanto a la mayor o menor gravedad de la pena parece evidente que en un Derecho penal de mínimos no deban imponerse penas innecesarias –porque no satisfacen ninguna razón preventiva– aun cuando exista un injusto culpable que pudiera explicarlas; y, aunque no acostumbre a expresarse así, ello puede suceder también cuando esas razones tengan carácter general y no especial, sin que en mi opinión sea fácil entender por qué deben priorizarse éstas, máxime cuando –y es algo que no puede obviarse, aunque no sea frecuente–, las razones de prevención general no siempre van a proponer una exasperación de la pena respecto de la que pueda resultar de la argumentación en base a otras consideraciones. Más acertado parece simplemente valorar los diferentes elementos que concurran en el hecho y en el autor analizando en cada caso concreto qué razones, qué finalidades –en base a la importancia, a la especial relevancia de cada dato– deben primar frente al resto. Los factores de prevención general o especial o de culpabilidad deben ponderarse sin dar prioridad a uno u otro de entrada sino en función del peso que cada uno de ellos pueda tener en cada hecho concreto y dentro del conjunto del supuesto que se analiza. Siempre en todo caso, además, operando dentro del marco legal que entiende el legislador es el único que permite dar cumplimiento –incluyendo en él la posibilidad de sustitución o de suspensión de la pena– a la finalidad penal en su conjunto y que la individualización judicial no puede rebasar bajo ninguna consideración, al menos si se parte de penas proporcionadas en abstracto.

Más complicado ha sido delimitar el máximo de pena imponible; por supuesto, dentro de ese marco legal que ya ha debido tener en cuenta las diversas finalidades, a conseguir en mayor o menor medida, concretadas en criterios que ciertamente pueden considerarse lábiles al proceder de valoraciones, aún con referentes, coyunturales, derivadas de políticas puntuales, etc., pero que corresponde fijar legislativa-

mente y que en consecuencia son difícilmente cuestionables en democracia salvo, como repetidamente se ha señalado, ante grandes excesos. Pero existe prácticamente absoluta unanimidad en entender que el mismo debe establecerse en función de la culpabilidad por el hecho, siempre que sea éste el que en abstracto delimite el marco de pena de posible recorrido; ello sin duda es una garantía que no puede obviarse y la única que evita la instrumentalización del destinatario de la pena en ese Derecho, no se olvide, de mínimos. Otra cosa, no obstante, es que la pena que lo supere deje de ser proporcionada, si legalmente han primado más otras consideraciones y si, atendiendo el caso concreto, se establecen unas proporciones de pena en sintonía con la previsión legal. En todo caso, se antoja difícil aceptar que en un supuesto la culpabilidad pueda ser razonablemente poco grave –en injusto y culpabilidad estricta– y puedan al mismo tiempo existir razones de prevención especial o general –que no se reflejen ya en la antijuricidad o la responsabilidad personal– que aconsejen una pena que desborde claramente lo que aquélla exigiría. Y si esto no es así ningún problema se deriva –al estar ante conceptos imprecisos que no delimitan cuantías de pena exactas– de aceptar considerar la gravedad del injusto culpable un referente, más que un límite, que permita desde él desplegar consideraciones de tipo preventivo que –salvo en esos supuestos extremos que exigirían penas considerablemente mayores pero que, insisto, son difícil de plantear– si puede entenderse reclaman superar ese límite también va a poder entenderse que pueden perfectamente acomodar la pena exigida al mismo.

3. En cuanto a qué criterios deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, ya en concreto, en función de los objetivos que con ella deben pretenderse conseguir (92), ha de rechazarse claramente la posibilidad de tener en cuenta factores que ya se hayan considerado bien en la delimitación típica de la conducta enjuiciada bien en la determinación del marco legal que delimita la individualización de la pena (93). Ahora bien, ello no impide atender en ésta los mismos criterios que se tienen en cuenta para definir la existencia, por ejemplo, de atenuantes o agravantes –además, claro está, de otros muchos– sin que ello suponga en

---

(92) Con mayor detalle, DE LA MATA BARRANCO, «principio de proporcionalidad», pp. 218 ss.

(93) *Vid.*, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 180; CHOCLÁN MONTALVO, «individualización judicial», pp. 173 ss.; y JORGE BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 83.



modo alguno vulneración del *bis in idem*, siempre que tales criterios puedan entenderse de carácter graduable. Precisamente lo que ya se ha valorado por el legislador para configurar el marco penal típico va a ser uno de los principales datos que permita especificar la pena proporcionada en concreto, porque es lo que sirve de referente para entender cuál es el punto de vista del legislador; siempre, claro está, que ello no implique valorar dos veces exactamente lo mismo y sí únicamente la modulación del criterio ya tenido en cuenta.

Al margen de ello parece evidente que, con carácter general, y siendo la misma la finalidad del Derecho penal –y, por tanto, de la pena– para el legislador y para los jueces, los criterios de concreción de la pena para su delimitación en abstracto, para su determinación parcialmente o para su especificación final no puedan diferir, con las matizaciones a que obligan sus diferentes estadios y la necesidad de operar desde perspectivas más o menos individualizadoras en cada uno de ellos. Es lógico entonces que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito y todos ellos son tenidos en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico de un delito, todos deban también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto (94). Si, además, las finalidades preventivas forman parte de lo que ha de ser el Derecho penal, las mismas deben también tenerse en cuenta en esta fase y proyectarse en la definición de las circunstancias que permitan considerarlas.

El Código de 1995 acude para especificar los criterios a tener en cuenta en la fase de estricta individualización judicial a la «gravedad del hecho» y a las «circunstancias personales del delincuente» en su artículo 66.1.6<sup>a</sup> –en cuanto a las faltas, la expresión «circunstancias del caso y del culpable» es relativamente similar–, aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la individualización judicial sean cuales sean el número y entidad de circunstancias que concurren, dentro de los marcos que delimitan el resto de números del artículo o incluso cuando el mismo no es de aplicación.

La gravedad del hecho afecta a la medición de lo injusto –de su desvalor de acción y de resultado, desde una concepción personal del ilícito penal– como magnitud objetivamente graduable, que, mayor o menor, deberá implicar también una mayor o menor pena (95). No parece desacertado, sin embargo, entender que si el Juez opera como

---

(94) Véase GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 75.

(95) Por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, p. 252.

el legislador, a la hora de determinar la mayor o menor gravedad del hecho no podrá hacerlo, como se señalaba, sin atender consideraciones de prevención general (96). Siempre con las limitaciones a que reiteradamente viene aludiéndose y siempre entendiendo que no estamos ante estadios progresivos sino ante un único proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar –graduando y limitando el marco posible– la pena proporcionada.

Téngase en cuenta que si, por ejemplo, no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que, como antes decía, determina la especial gravedad de las penas previstas legalmente para el delito de tráfico de drogas, cuando judicialmente se concreta la pena atendiendo la cantidad de droga incautada, dentro del marco legal, de alguna manera los criterios de prevención general que se han tenido en cuenta para determinar éste penetran necesariamente en la valoración de la pena proporcionada al supuesto concreto; condicionan la gravedad del hecho desde un punto de vista legal –acertadamente o no– y deben condicionar, por tanto, la gravedad del hecho desde un punto de vista judicial, que no puede plantearse una valoración sustancialmente diferente de la de aquél. Éste debe ser el sentido de la presencia de la finalidad preventivo-general en la individualización de la pena –la de posibilitar un discurso paralelo, no contradictorio, simplemente especificador de cuantías exactas siguiendo los parámetros legales de valoración–, no la alusión a conceptos inseguros vinculados a la ejemplarización de la pena que no se reflejan en su consideración abstracta.

Lo difícil es concretar la multitud de datos que pueden determinar una mayor o menor gravedad del hecho, dificultad que es la que puede permitir entender que el juez dispone de cierto margen de actuación a la hora de apreciar, racionalmente –y aún así, relativamente habría que matizar–, dicha gravedad (97).

En mi opinión, la atención al criterio de la gravedad del hecho debe obligar a considerar todas las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador –cuando regula cada delito y cuando expone las disposiciones generales

---

(96) *Vid.* las consideraciones de, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, «pena adecuada a la gravedad», p. 1519. MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias jurídicas*, p. 246, vincula incluso la expresión directamente con el criterio de la atención al hecho desde una perspectiva preventivo-general, no retributiva, aun cuando también refiera la gravedad del hecho a las circunstancias que determinan el desvalor del acto y del resultado (p. 263).

(97) En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234.

atinentes a la comisión de delitos y faltas, a las personas responsables de ello y a las reglas de determinación y aplicación de las sanciones—, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico, ya tengan carácter objetivo, ya carácter subjetivo —siempre que se reflejen en el hecho cometido—, ya afecten estrictamente a lo que sería la delimitación del injusto culpable ya a consideraciones de prevención general reflejadas en la previsión legislativa. Ello de un modo abierto que permita considerar la diferente importancia a atribuir a cada circunstancia en función del grado en que concurra y teniendo en cuenta que siempre cabe encontrar un hecho más y menos grave que aquél que se considera y que en ese sentido la gravedad de la pena que se prevea para éste debe tener en cuenta, para su concreción dentro del marco legal, tal posibilidad.

Si la gravedad del hecho atiende las circunstancias que definen el injusto culpable, la interpretación de la expresión «circunstancias personales del delincuente» debiera remitir a la consideración de los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo (98). Aunque en la doctrina también se señala habitualmente —aunque sea de modo incidental— que este criterio guarda relación con la culpabilidad del sujeto (99) —algo que en mi opinión ya permite reflejar perfectamente el criterio de la gravedad del hecho—, la mayoría de autores lo vinculan acertadamente a consideraciones preventivo-especiales (100). Es evidente la dificultad de distinguir en ocasiones ambas perspectivas, distinción que debiera atender la proyección o no de la circunstancia analizada en el hecho cometido. De incluirse en esa expresión todos los datos referidos al autor del hecho, la circunstancia de la gravedad remitiría únicamente al desvalor objetivo de la acción y del resultado, además de a consideraciones de prevención general.

La principal dificultad de su apreciación es, en todo caso, que no se concretan legalmente cuáles son las circunstancias a tener en cuenta ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez, pero que es también lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que

---

(98) Por todos, Demetrio CRESPO, «individualización judicial de la pena», p. 348.

(99) *Vid.*, entre otros muchos, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234; o MAPELLI CAFFARENA, *consecuencias, jurídicas*, p. 263.

(100) Así, por ejemplo, el propio BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234; CHOCLÁN MONTALVO, *individualización judicial*, pp. 192 ss.; GARCÍA ARÁN, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 s.; Jorge BARREIRO, «motivación en la individualización judicial», p. 82; o también MAPELLI CAFFARENA, «consecuencias jurídicas», p. 246.

pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten (101). Sí debe advertirse que no han de excluirse, como a menudo se señala, aquéllos que no tengan vinculación con el hecho delictivo, por una parte porque los que sí la tengan, proyectándose en su comisión, determinarán con toda seguridad su gravedad y habrán de considerarse en el criterio precedente y, por otra, porque ningún problema hay en aceptar considerar circunstancias que tengan que ver simplemente con los efectos de la pena en la vida futura del sujeto, que es el aspecto básico precisamente de la prevención especial, debiéndose descartar, eso sí, aquéllos que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o su desocialización o, si se incluyen aquí los que delimitan la gravedad del delito, aquéllos en absoluto relevantes para revelar un mayor o menor desvalor subjetivo o una deficiente capacidad de culpabilidad.

4. El único límite de la vinculación judicial al principio de proporcionalidad es el que marca el principio de legalidad, que impide a los Tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal o dejar de aplicar las que se prevén, o por encima o debajo del máximo y mínimo cuantitativos que determina la misma –una vez interpretada conforme a los principios que informan el Derecho penal– ya en su marco penal relativamente determinado.

Se ha señalado que ello refleja el contraste entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material de un comportamiento, primando en virtud de la vigencia del principio de legalidad aquella (102), lo que sin embargo no es cierto, en cuanto la ausencia de antijuricidad material, la ausencia de ofensividad al bien tutelado –en una interpretación teleológica del contenido del dictado típico– ha de conllevar la absolución del procesado en todos los casos. Otra cosa es que constatada dicha antijuricidad se compruebe igualmente la desproporción de la pena que se prevé legalmente –que incluso debe llevar a una interpretación restrictiva del precepto–, supuesto en el que no es que prime la antijuricidad formal, sino el principio de legalidad, que no de literalidad, en la aplicación de las normas.

---

(101) Véase, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, «consecuencias jurídicas», p. 234.

(102) Expresamente, AGUADO CORREA, «principio de proporcionalidad», p. 317.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Ed. Edersa. Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna», en *La Ley*, 1999-5, pp. 2053 a 2059.
- ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, «Derecho penal económico y Constitución», en *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pp. 1 a 15.
- BARNES, Javier, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15 a 49.
- «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 333 a 370.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2.<sup>a</sup> edición. Ed. Praxis. Barcelona, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.<sup>a</sup> Carmen Alastuey Dobón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.<sup>a</sup> Carmen Alastuey Dobón. 3.<sup>a</sup> ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Ed. PPU. Barcelona, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*. Ed. Trotta. Madrid, 2004.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3.<sup>a</sup> ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*. 5.<sup>a</sup> ed. 4.<sup>a</sup> reimpresión. Ed. Tecnos. Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*. 5.<sup>a</sup> edición, corregida, aumentada y actualizada. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3.<sup>a</sup> ed. Ed. Dykinson. Madrid, 2002.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, pp. 447 a 491. Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1997.

- CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Ed. Comares. Granada, 2002.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad», en *La Ley*, 1996-6, pp. 1514 a 1524.
- *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Ed. Colex. Madrid, 1997.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *El principio de proporcionalidad penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, Vol. L, pp. 323 a 362.
- *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Ed. Trotta. Madrid, 2003.
- «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75, 2005, pp. 59 a 106.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, «Los límites del *ius puniendi*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 87 a 113.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 5.ª ed. Ed. Trotta. Madrid, 2001.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*. Ed. Icaí. Madrid, 1985.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Ramos Areces. Madrid, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, pp. 141 a 161. 3.ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 1990.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1984.
- «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Coordinadora Adela Asua Batarrita, pp. 55 a 65. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 1990.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)», en *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, pp. 141 a 154.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex. Madrid, 1990.

- GRACIA MARTIN, Luis, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Por Luis Gracia Martín (coordinador), Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.<sup>a</sup> Carmen Alastuey Dobón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal* (Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero). Ed. Bosch. Barcelona, 1984.
- HUERTA TOCILDO, Susana, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11 a 76. Madrid, 2000.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 1999.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- JORGE BARREIRO, Alberto, «La motivación en la individualización judicial de la pena», en *Manuales de formación continuada*, n.º 4, 1999 (Problemas específicos de la aplicación del Código Penal), pp. 43 a 116.
- JUANATEY DORADO, Carmen, «Sobre el control de alcoholemia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997», en *Actualidad Penal*, 2000, n.º 24, pp. 519 a 534.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho penal español*. 5.<sup>a</sup> ed. Revisada y puesta al día en colaboración con M.<sup>a</sup> Dolores Fernández Rodríguez. Ed. Tecnos. Madrid, 2000.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 159 a 189.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1979.
- «Alcance y función del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 5 a 53.
- «Ius puniendi: límites», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III, pp. 3777 a 3782. Director Alfredo Montoya Melgar. Ed. Civitas. Madrid, 1995.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4.<sup>a</sup> ed. Ed. Thomson-Civitas-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo, «El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 7, 2000, pp. 31 a 58.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, «Principios penales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XX, pp. 503 a 537. Ed. Seix. Barcelona, 1993.
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, pp. 325 s 347. Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1997.
- MIR PUIG, SANTIAGO, «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal», en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*.



- Coordinador Juan I. Echano Basaldúa, pp. 349 a 366. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao, 2002.
- *Derecho Penal. Parte General*. 7.<sup>a</sup> edición. Ed. Reppertor. Barcelona, 2004.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. Dirigido por M. Cobo del Rosal. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1975.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*. 6.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Ed. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid. Madrid, 1981.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE/GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- PERELLÓ DOMENECH, ISABEL, «El principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, n.º 28, 1997, pp. 69 a 75.
- PERIS RIERA, JAIME M./CUESTA PASTOR, PABLO J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)», en *La Ley*, 2000-1, pp. 1580 a 1584.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miquel Prats Canut. 3.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2002.
- RAMOS TAPIA, INMACULADA, «El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, pp. 613 a 633.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal», en *La Ley*, 1994-4, pp. 1114 a 1124.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Ed. Gráfica Horizonte. Lima, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena», en *Poder Judicial*, n.º 6, 1987, pp. 137 a 144.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Ed. Bosch. Barcelona, 1992.
- URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ, «Principio de proporcionalidad penal», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (Editores J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín, J. F. Higuera Guimerá), pp. 193 a 210. 1.<sup>a</sup> ed., reimpresión. Ed. Tecnos. Madrid, 2003.

# Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal

R. REBOLLO VARGAS

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Consideraciones previas.–2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral.–3. Delimitación y estructura típica del delito de *mobbing* o acoso en el ámbito laboral: 3.1 Los sujetos: sujeto activo, funcionarios públicos y relación laboral. 3.2 La reiteración de los actos de hostigamiento. 3.3 La gravedad del acoso. 3.4 El acoso psicológico u hostilidad. 3.5 El sentimiento de humillación.–4. El conflicto laboral y el delito de *mobbing* o acoso en el ámbito laboral: 4.1 Vulneración de los derechos del trabajador y *mobbing*. 4.2 El nuevo delito de acoso en el ámbito laboral y el Derecho penal. ¿Una tipificación necesaria? 4.2.1 Los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio* del Derecho penal. 4.2.2 Aproximación a la jurisprudencia penal en casos de *mobbing*. 4.2.3 Los tipos del Código Penal vigente ante el acoso en el ámbito laboral.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el actual Código Penal (1), aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2006, añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173 en el que se tipifica el acoso en el ámbito laboral. Conducta referida a los que «*en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de*

---

(1) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

*forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación»; añadiéndose a continuación un nuevo comportamiento punible en relación a quienes «en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas de la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma». Así, mientras que en el primer inciso del párrafo se tipifican comportamientos de acoso laboral, en el segundo no es difícil imaginar que el propósito del legislador es el de elevar a la categoría de delito lo que comúnmente viene a denominarse acoso inmobiliario, sin perjuicio de que en atención de la descripción típica prevista «en el marco de cualquier otra relación contractual» pudieran subsumirse otros comportamientos punibles. Pues bien, con independencia de la estructuración de ese nuevo segundo párrafo del artículo 173.1 como un tipo mixto alternativo, me centraré en el análisis del primero de esos comportamientos punibles, esto es, en el acoso en el ámbito laboral.*

Con carácter previo, me parece oportuno señalar que en la descripción típica el legislador utiliza la fórmula «*acoso psicológico u hostilidad*», mediante la que elude otra figura distinta: el «*acoso moral*», conceptos (acoso psicológico y acoso moral) que quedarían englobados bajo el más amplio de *mobbing* que es como comúnmente se conoce a estos fenómenos. Ahora bien, con independencia de la opción o de la técnica legislativa empleada se debe llamar la atención sobre un aspecto importante, y es que habitualmente se utilizan los conceptos de acoso psicológico y de acoso moral de forma indiferenciada como una misma conducta englobada en el *mobbing*, cuando en realidad —como veremos en su momento— se trata de comportamientos que no coinciden exactamente. Es más, el (o los) concepto (s) de *mobbing* que se han venido utilizando por la doctrina y por la jurisprudencia tienen un marcado origen psiquiátrico, psicológico o sociológico, que no se corresponde con lo que sería un concepto jurídico de *mobbing* (2).

El primer referente normativo sobre el *mobbing* se sitúa en la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo de Europa, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Más tarde, el Parlamento Europeo dictó la Resolución sobre el acoso moral en el lugar de

---

(2) PÉREZ MACHÍO, Ana I., *Mobbing y Derecho penal*, Valencia, 2006, p. 28; de la misma autora, «Concreción del concepto jurídico de ‘*mobbing*’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-06 (2004), p. 6

trabajo, núm. 2001/23339 (INI) de 20 de septiembre de 2001. Como consecuencia de ambos pronunciamientos algunos países han legislado específicamente sobre ello, es el caso de Suecia, de Francia o de Italia (3); sin dejar de considerar que indirectamente puedan encontrarse referencias normativas sobre el acoso en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de España donde, además, se contempla en la próxima reforma del Código Penal la tipificación expresa de un nuevo delito de acoso psicológico en el trabajo; sin embargo, no se trata de una iniciativa novedosa. En su día, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida presentó una Proposición de Ley en la que solicitaba la inclusión del acoso moral o psicológico, junto al acoso sexual, como una infracción muy grave del art. 96 del ET (4). Más tarde, ya desde una perspectiva estrictamente penal, el Grupo Parlamentario Socialista tramitó una Proposición de Ley Orgánica que preveía la inclusión en el Código Penal de un nuevo precepto, el artículo 314 bis, en el que se tipificaba el acoso moral en el trabajo (5). Por otro lado, el Grupo Parlamentario de la *Entesa Catalana de Progres* –en el Senado– instó en su momento al Gobierno a promover las actuaciones y las modificaciones normativas necesarias para evitar el acoso moral y el hostigamiento psicológico en el trabajo (6), de lo que finalmente resulta una propuesta firmada por todos los Grupos (7), además de existir también iniciativas de diversa índole ya fuere de Parlamentos Autonómicos o de Grupos Parlamentarios de distintas Cámaras.

Con independencia de lo anterior y, desde luego, sin desconocer el alcance de un fenómeno tan grave, creo que ante la próxima reforma del Código Penal que supone la inclusión de un tipo específico de acoso psicológico en el trabajo han de considerarse algunas circunstancias a las que no siempre se les dispensa la atención que merecen. Me

---

(3) CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp 187 ss; MUÑOZ RUIZ, B., «Últimas novedades legislativas relativas al acoso moral en el trabajo: los ejemplos de Francia e Italia», en *La Ley*, núm. 5632, 14 de octubre de 2002.

(4) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 191-1, 30 de marzo de 1999.

(5) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 176-1, 123 de noviembre de 2001.

(6) *BOCG*, Senado, Serie I, núm. 219, 18 de junio de 2001.

(7) «El Senado insta al Gobierno para que en el marco de sus competencias promueva las actuaciones necesarias y el estudio de las modificaciones normativas pertinentes, desarrolladas de forma coordinada con los Estados miembros de la Unión Europea, para evitar el acoso moral y el hostigamiento psicológico en el trabajo con el fin de eliminar las consecuencias negativas de todo tipo que tienen para los trabajadores».

refiero, por ejemplo, a la bondad de la técnica legislativa prevista; al acierto o al desacierto de prever una respuesta penal específica cuando tales supuestos tienen dispuesta la correspondiente tutela en las jurisdicciones civil, laboral, o administrativa; el que su incorporación al Código sea innecesaria dado que se trata de situaciones que pueden ser reconducidas al Código Penal vigente; o que su inclusión pueda suponer la contravención de algunos principios que presiden la intervención del Derecho penal como son los de fragmentariedad y de última ratio (8).

Sin embargo, no quisiera anticipar unas reflexiones finales que en este momento serían precipitadas, de manera que en primer lugar abordaré el análisis de la rúbrica donde se ubica este nuevo delito de *mobbing* o acoso en el ámbito laboral para más tarde estudiar los elementos que configuran el ámbito típico del delito.

## 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Como es sabido, los delitos contra la integridad moral, artículo 173 del Código Penal, se ubican bajo la rúbrica del T VII, *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, de lo que se desprende que el legislador le confiere a la integridad moral un tratamiento preeminente que se encuentra corroborado por su ubicación sistemática en el Código. Obsérvese que el legislador sitúa estos delitos entre los que podrían denominarse los bienes esenciales de la persona (vida, integridad física o libertad) por delante de otros de incuestionable entidad como la libertad sexual o el honor. Se trata, en suma, de un bien de carácter personalísimo, con una autonomía legal plena e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, la libertad y el honor y que, aunque constitucionalmente encuentre su reconocimiento junto a otros derechos, debe de interpretarse con la autonomía que le es propia y no como una manifestación de la integridad física (9).

---

(8) En el mismo sentido, *vid.* CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, ob. cit., pp. 191 ss.

(9) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid, 1996, pp. 73 ss; GARCÍA ARÁN, M., «La protección penal de la integridad moral», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1241 ss.

Una vez dicho lo anterior, también es necesario poner de relieve que un sector de la doctrina ha entendido que la integridad moral, tal y como se puso de manifiesto en el debate parlamentario, es un bien jurídico evanescente y abierto que presenta ciertos peligros para la seguridad jurídica (Tamarit (10), Lascuraín (11): no parece superar el listón constitucional del respeto al principio de legalidad), o que se trata de un bien jurídico difuso [Muñoz Conde (12)], o bien en aras de su determinación lo han relacionado con la integridad psíquica y salud en general (13). A pesar de ello, entiendo que la integridad moral no sólo es un bien jurídico susceptible de delimitación de los bienes tradicionales sino que, como señalan algunos autores (14), en un Estado de Derecho no pueden admitirse con el argumento de su complejidad o de su indeterminación, la existencia de zonas oscuras cuando el objeto de protección recae sobre un bien jurídico de rango constitucional.

En definitiva, el atentado a la integridad moral supone *prima facie* una intervención física que implica la disposición o la utilización de la persona, aunque no implique una agresión material a la propia integridad física, cuando el titular del bien no consiente tal intervención (15). Así, los delitos comprendidos en este Título implican siempre un atentado contra la dignidad humana, tal y como admite la mayoría de la doctrina, con el que la integridad moral está directamente vinculada y contra la que se atenta cuando al sujeto se le niega su condición de persona y se le convierte en simple objeto, se trata de una situación en el que la víctima queda degradada y sometida a la voluntad de un tercero (16). Esos ataques a

---

(10) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (QUINTERO OLIVARES, G., Director), 4.ª ed., Pamplona, 2004, pp. 254 ss.

(11) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., en *Comentarios al Código Penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, Director), Madrid, 1997, p. 504.

(12) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Valencia, 2004, pp. 183 ss.

(13) PORTILLA CONTRERAS, G., «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Curso de Derecho penal español*, T. I., (COBO DEL ROSAL, Director), Madrid, 1996, pp. 278 ss. Cfr., DÍAZ PITA, M. M., «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral», EPC, 1997, p. 77, quien rechaza tal hipótesis al entender que se trata de bienes ya tutelados en los correspondientes delitos y faltas de lesiones. Igualmente, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 2000, p. 24.

(14) *Supra* nota núm. 9.

(15) GARCÍA ARÁN, M., «La protección penal de la integridad moral», *ob. cit.*, p. 1246.

(16) *Vid.*, PÉREZ MACHÍO, Ana I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Servicio Editorial de la UPV, 2005, p. 148 ss.

la inviolabilidad personal se caracterizan por la degradación a la que se somete a la persona, por el envilecimiento con el que son tratadas. «*Kant afirmaba que las cosas tienen precio, el hombre, dignidad. Esto supone que el hombre no puede ser tratado ni como animal ni como cosa*» (17). En este mismo orden de consideraciones, me parece oportuno traer a colación una STS (Sala Militar) de 23 de marzo de 1993, donde se afirma lo siguiente: «*...prender fuego a su camisa, ocasionándole quemaduras que precisarían asistencia médica durante 86 días y dejarían cicatrices... constituye un comportamiento que debe ser calificado como degradante, en cuanto implica la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, es decir, de mera cosa, su utilización para el procaz divertimento de gentes que se diría momentáneamente desalmadas, su anulación como persona libre, la negación, en definitiva, de su dignidad de hombre. Trato degradante es todo el que humilla y envilece y no puede concebirse actividad más humillante y envilecedora que la que 'cosifica' a la persona*».

Por otro lado, entre la dignidad humana y la integridad moral existe una amplia relación y, a la vez, ambos bienes disponen de un ámbito material común con núcleos diferenciados. Así, la integridad moral es un bien jurídico autónomo e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor; bienes, por otro lado, que disponen de sus correspondientes ámbitos de protección en el Código. Es cierto que la integridad moral está relacionada con la dignidad de la persona, pero es preciso diferenciarlos, en tanto que el reconocimiento de la dignidad de la persona está en la base de todos los derechos fundamentales (18). Ahora bien, lo que no comparto es la idea de que la integridad moral es el objeto mediato o inmediato de protección del entero Código Penal (19). Una afirmación de tales características podría, en su caso (y además precisa de una importante matización), ser parangonable del derecho constitucional a la dignidad humana, dado que la dignidad humana bien podría considerarse como la base de todos los derechos fundamentales y probablemente del propio sis-

---

(17) TORÍO LÓPEZ, A., «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», PJ, 1986-4, p. 81.

(18) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal», en La Ley, 1996-6, p. 1669; del mismo, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, Madrid, 1997, p. 2128. *Vid.*, igualmente, BARQUÍN SANZ, J., en *Comentarios al Código Penal*, (COBO DEL ROSAL, M., Director), T. VI, Madrid, 1999, p. 270 ss.

(19) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 504.



tema de garantías y de libertades de un Estado de Derecho (20); pero ni siquiera el derecho a la dignidad humana nos sirve para configurar el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral y lo anterior, por otro lado, no supone –al contrario– que no se ponga en relación la integridad moral con la dignidad humana, lo que no cabe es confundirlos (21). Ni tampoco comparto el concepto que se propone de integridad moral partiendo de la *incolumidad personal*, que consistiría en el derecho a no ser atacado en su integridad psíquica, ni en general, en su salud física y mental mediante la provocación de enfermedades que no entrañan ninguna pérdida de miembro u órgano corporal (22), en tanto que tal afirmación parece obviar que mediante la incorporación del derecho a la integridad moral, el constituyente pretendía proteger algo más que la integridad psíquica del individuo, además de que dichas afecciones están ya protegidas en otro lugar del Código Penal (23).

En cuanto a la matización que anunciaba en el párrafo anterior en relación a la necesidad de precisar el alcance de la dignidad humana (24), comparto lo propuesto por García Arán, en cuanto a que es indudable la relevancia que el constituyente le otorga al derecho a la dignidad humana: fundamento del orden político y de la paz social. Lo cual es preciso objetivar dado que se debe relacionar con el derecho a ser tratado como persona y al reconocimiento como tal, atentándose contra la dignidad humana cuando a la persona se la cosifica, cuando se la trata como un objeto. No olvidemos que el propio Tribunal Constitucional caracteriza el derecho a la integridad moral como lesión, menoscabo o intervención no consentida en el cuerpo de una persona (25). Si lo anterior es así, ya no puede aseverarse con rotundidad que todos los delitos afecten a la dignidad humana. Y no es el caso únicamente de aquéllos delitos, como pone de relieve la citada autora, que no afectan a bienes jurídicos personales, sino incluso en aquéllos que pueden afectar a la

---

(20) PÉREZ MACHÍO, Ana I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, ob. cit., p. 143.

(21) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos de torturas y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)», ob. cit., p. 74; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., «Los delitos contra la integridad moral», *La Ley*, 1998-4, p. 1437 ss.

(22) Así, expresamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Comentarios al artículo 15 de la CE», en *Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, (ALZAGA VILLAMIL, Director), Tomo II, Madrid, 1994, p. 297 ss.

(23) RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos», *PJ*, núm. 62, 2001, p. 62.

(24) Ampliamente, RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario público*, Granada, 2000, pp. 157-162.

(25) Entre otras, STC 11 de abril 1985.

libertad y que suelen ser calificados como delitos de coacciones cuando media fuerza en las cosas y en los que «de ningún modo se encuentra presente una afectación a la dignidad así entendida» (26).

En suma, el contenido concreto del derecho a la integridad moral hay que delimitarlo desde la misma idea de personalidad. No olvidemos la STC de 27 de junio de 1990, donde se afirma que el artículo 15 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el que se protege la inviolabilidad de la persona, «no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular». Afirmación que implica asumir el concepto de persona como punto de referencia para la identificación y la delimitación de la integridad moral frente a la integridad física; sin olvidar, claro está, la referencia hecha por el TC a la lesión del «espíritu», lo que necesariamente supone que la integridad moral va más allá de lo físico y lo psíquico (27).

El concepto de trato degradante que se desprende de la jurisprudencia constitucional se caracteriza por la vejación y por la humillación de la víctima (28). Sin embargo, el concepto de integridad moral como bien jurídico protegido no necesariamente debe concretarse en tales factores. Es cierto que la integridad moral se relaciona con la integridad física y que, a la vez, ambas tendrían encaje en un concepto más amplio como sería el de inviolabilidad o integridad personal. Es la conexión de estos aspectos lo que conduce a la «inescindibilidad de la persona en sus dimensiones física e inmaterial», lo que implica que la persona sea titular de derechos. Así, se podría mantener que se afecta a la integridad moral cuando a la persona se la cosifica, cuando se la trata como un objeto, es decir, cuando se la circunscribe a una pura realidad física que se instrumentaliza, quebrándose con ello un conjunto inescindible que le es inherente a su condición de persona, como es lo físico y lo moral; ese tratamiento como un objeto sin voluntad es lo que caracteriza la relación de la integridad moral con la integridad física, «pero ello no significa que el atentado a la integridad moral requiera una intervención directa (o agresiva) sobre la integridad física –en el sentido penal– como requisito esencial», sin perjuicio, claro

---

(26) GARCÍA ARÁN, M., «La protección penal de la integridad moral», ob. cit., p. 1251.

(27) RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular...», ob. cit., pp. 69 ss.

(28) Ampliamente, *vid.*, REBOLLO VARGAS, R., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (CÓRDOBA RODA, J.-GARCÍA ARÁN, M., Directores), T. I, Madrid, 2004, pp. 234 ss.

está, que tales intervenciones puedan ser constitutivas de otros bienes jurídicos o, incluso, de la salud psíquica (29).

Las reflexiones hasta ahora realizadas en torno al bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral del artículo 173 en su redacción original, son lógicamente extensivas para el párrafo que se pretende añadir en el Proyecto de Reforma para el delito de acoso en el ámbito laboral. Sin embargo, nótese que en la segunda parte del nuevo párrafo, el previsto básicamente para incriminar los supuestos de *mobbing* inmobiliario, se tipifica la conducta de quienes en el marco de una relación contractual provoquen situaciones gravemente ofensivas contra la *dignidad moral* de la otra parte. Aparentemente, y como consecuencia de una primera lectura cabe preguntarse si esa *dignidad moral* podría erigirse como objeto de protección. Sin embargo ¿qué es la dignidad moral?, ¿se trata de un objeto de tutela extensivo al delito de acoso en el ámbito laboral? Entiendo que no. No sólo eso sino que como hemos visto con anterioridad, es preciso diferenciar entre *integridad moral* y *dignidad de la persona*. Es cierto que entre ambos derechos existe un ámbito material común, pero también es verdad que es posible fijar unos núcleos diferenciados. Es más, no creo que sea posible establecer un objeto de tutela mixto conceptualmente inviable para abogar, entonces, por la *dignidad moral* dado que el resultado no sería más que ahondar aún más en la confusión que se desprende del nuevo precepto. Además de la reflexión anterior, permítaseme añadir otro elemento de discordia con la actual previsión, y es que las acciones o conductas que tienen por objeto el *mobbing* inmobiliario (caracterizado por la conducta especulativa de propietarios que pretenden obtener el desalojo de los inquilinos de locales comerciales, viviendas o edificios completos) (30), pueden tener poco que ver con la integridad moral, menos aún con la dignidad moral, sino más bien con afecciones a la libertad, en particular con los delitos de amenazas o de coacciones, en atención a cuál sea el concepto de violencia que se adopte en este último delito.

---

(29) GARCÍA ARÁN, M., «La protección penal de la integridad moral», *ob. cit.*, p. 1256. En el mismo sentido, *vid.*, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico...», *ob. cit.*, p. 106 ss., quien tras analizar la escasa jurisprudencia penal sobre estos delitos, en particular sobre el artículo 173, concluye que los supuestos estudiados presentan como nota característica «la rebaja o degradación de la víctima, por el trato que se le inflige o la situación que se le coloca, a una condición inferior a la que merece como persona».

(30) MORALES GARCÍA, O., «*Mobbing*: ¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico», en *El «mobbing» desde la perspectiva penal, social y administrativa*, Madrid, CENDOJ, 2006, p. 443.

No cabe duda de que la dignidad humana es un valor inherente a cada persona por el hecho de serlo y, a la vez, fundamento de derechos fundamentales (como lo es la integridad moral) de modo que a aquélla se la protege indirectamente a través de la tutela de derechos fundamentales como es el caso de la integridad moral (31). Por lo tanto, y con independencia de la alusión a la *dignidad moral* en la segunda parte del precepto, no me parece acertado que la *dignidad moral* se erija como objeto de protección, sino que tal alusión entiendo que se debe atribuir a un *lapsus calami* plasmado en la propuesta legislativa que debería ser subsanada en el trámite parlamentario. O dicho de otro modo, es necesario diferenciar entre *dignidad humana e integridad moral* y, en cualquier caso, no confundirlos con una mal denominada *dignidad moral*. Se trata de derechos fundamentales distintos, derechos directamente vinculados en una relación de género a especie que no pueden confundirse ni a los que tampoco cabe atribuirles ámbitos materiales idénticos, ni yuxtapuestos, sino que entre ambos existe una relación a modo de círculos secantes que permiten configurar ámbitos de protección distintos en el Código Penal.

### 3. DELIMITACIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE MOBBING O ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL

#### 3.1 Los sujetos: sujeto activo, funcionarios públicos y relación laboral

La primera cuestión que se suscita al analizar el tipo genera una controversia que está en directa relación con los potenciales sujetos activos del delito. En una primera lectura del precepto, tal y como se desprende de la descripción típica, se podría entender que sujeto activo del delito puede ser cualquiera («*los que*»), es decir, se trata de un delito común donde el sujeto activo puede ser tanto un particular como una autoridad o funcionario público. Ahora bien, en tal hipótesis, ello será así siempre que el funcionario público o autoridad no actúe con abuso de su cargo o, bien, que el comportamiento se realice en condición de particular, ya que de lo contrario tal actuación quedaría subsumida en el artículo 175, donde se tipifica cualquier atentado contra la integridad moral que se realice con abuso del cargo con independencia

---

(31) Vid., PÉREZ MACHÍO, Ana I., *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, ob. cit., p. 153-154.

de que el atentado sea o no grave. Tipo al que le corresponde una pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Cabe añadir a lo anterior que es difícilmente imaginable que se produzca una situación de acoso laboral en el seno de la Administración Pública que no tenga lugar con abuso del cargo por parte del funcionario público o autoridad, por lo que dada la previsión establecida en el artículo 175 el nuevo precepto únicamente sería aplicable para los casos en los que el sujeto activo no actúe en el ejercicio de la función pública sino en el ámbito de una relación laboral estrictamente privada.

Por lo tanto, con la delimitación de los potenciales sujetos vuelven a reproducirse algunos de los problemas que en su momento puso de relieve la doctrina y que una vez más pasan desapercibidos para el legislador. Me explico. Nadie puede dudar de la existencia de situaciones de acoso psicológico, de hostigamiento, en el seno de la Administración Pública. Los pronunciamientos de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son indiscutibles en ese sentido. ¿Cuál es la consecuencia material de la configuración típica actual?, pues que cuando se trate de un atentado grave contra la integridad moral (en este caso por un supuesto de acoso que tiene lugar en la Administración Pública con un sujeto activo que es funcionario público o autoridad), la pena prevista es de prisión de dos a cuatro años. Mientras que si se trata de un supuesto de *mobbing* en el que el atentado contra la integridad moral no fuera calificado como grave, la pena sería de seis meses a dos años. Esto es, un atentado no grave, que en el ámbito de una relación laboral privada sería penalmente irrelevante (o, a lo más, constitutivo de una falta de las previstas en el art. 620.2), que no sería merecedor de sanción penal y que en consecuencia debería ser reconducido a otra jurisdicción, resulta que cuando el sujeto activo es funcionario público lleva aparejada la misma pena que cuando el sujeto activo es un particular pero el atentado contra la integridad moral es grave. Es más, permítaseme insistir, en atención a lo previsto en el artículo 175 si se trata de un acoso laboral que sea susceptible de ser calificado como grave la pena sería de prisión de dos a cuatro años (32). Creo, sinceramente, que tal consecuencia jurídica rompe con el principio de proporcionalidad de la pena. Es más, sin dejar de considerar la gravedad de estas situaciones, me parece un despropósito que la consecuencia de la nueva previsión en el ámbito público sea la que acabo de referir.

El informe del CGPJ al Anteproyecto llama la atención sobre este tema con una afirmación que comparto sólo parcialmente, ya que des-

---

(32) *Vid.*, SAP Albacete, 12 de mayo 2005.

taca el «*que no se hayan incorporado a la descripción típica los supuestos de hostigamiento psicológico del que pueden ser víctimas los funcionarios públicos o personal estatutario en sus respectivos centros de trabajo*», y por ello recomienda que se parifique el régimen de protección de trabajadores y de funcionarios públicos o personal estatutario. Así lo creo también, esto es, entiendo que de mantenerse la actual previsión la consecuencia sería no que los funcionarios públicos y el personal estatutario estuvieran privados de protección en los casos de *mobbing* o acoso en el ámbito laboral, sino que el tipo penal aplicable para los casos en los que éstos fueren víctimas de tales comportamientos sería el artículo 175 del Código Penal lo que, a todas luces, me parece absolutamente desproporcionado. A mi parecer sería aconsejable que el tratamiento punitivo que en su momento pudiera dispensarse a los funcionarios públicos o autoridades como potenciales sujetos activos del delito fuere el mismo que a los particulares, dicho de otra manera: que se les sancionara con una pena de prisión de seis meses a dos años cuando el atentado contra la integridad moral fuere grave. No obstante, tal y como está prevista la actual redacción es probable que esas situaciones de acoso laboral en el seno de la Administración pública laboral fueren penalmente atípicas.

En directa relación con lo anterior, no ya en el plano de los sujetos activos, sino en el ámbito de las víctimas que sufren «*el acoso psicológico u hostilidad*», el Proyecto se refiere exclusivamente a las situaciones de acoso que tienen lugar en el «*marco de una relación laboral*», espacio que como es sabido se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Se trata de una previsión que se circunscribe al ámbito estricto de las relaciones laborales y que, por lo tanto, excluye de los potenciales sujetos pasivos del delito a los funcionarios públicos ya que el ET no los contempla. El desacierto no puede ser mayor, no sólo en cuánto a la desproporción punitiva en el caso de que el sujeto activo fuere funcionario público, sino que –en el caso de ser penalmente relevante– resulta que de forma implícita la reforma excluye de protección a los funcionarios dado que las situaciones de acoso se prevén exclusivamente en el ámbito de las relaciones laborales que, como es sabido, no son extensivas a los servidores públicos. Una opción interpretativa distinta para eludir el sinsentido, sería interpretar laxamente la expresión «*en el marco de una relación laboral*» para concluir que incluye no sólo las relaciones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sino también las que son inherentes a los trabajadores de la función pública; de no ser así, y salvo que se incluyera posteriormente en el debate parlamentario lo acabado de referir sería una nueva muestra del desacierto del Proyecto al tipificar el nuevo delito.

### 3.2 La reiteración de los actos de hostigamiento

Como se puede advertir, el tipo requiere que los actos de acoso psicológico u hostilidad se realicen de *forma reiterada* sobre la víctima. Requisito con el que se adopta una determinada opción que es la seguida prácticamente de forma unánime por la jurisprudencia social y contencioso administrativa que abordan estos fenómenos (así, se habla de «durante tiempo prolongado» –SAN, de 4 de marzo de 2005–, de «mantenimiento en el tiempo de forma constante o reiterada» –STSJ Castilla-La Mancha, 14 de julio 2005– o se emplea otra fórmula más imprecisa como la de «ataques durante mucho tiempo» –STSJ Madrid, 22 de junio de 2004–, adoptada también por el CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código). Podría afirmarse, entonces, que la reiteración de los actos de hostigamiento suponen una pluralidad de actos con una cierta proximidad temporal, esto es, se trata de un comportamiento repetido por el autor.

La reiteración requerida en el tipo tiene una significación criminológica, es cierto, como también lo es que no es posible cuantificar los actos de hostigamiento, sino que éstos tienen un carácter sistemático y generalizado en la relación, con carácter general, entre el empleador y el empleado. No obstante, también creo que la utilización de conceptos normativos es una garantía inequívoca de la inseguridad jurídica que se desprende de preceptos como el que nos ocupa en este momento, por lo que una vez más deberán ser los Tribunales quienes determinen la entidad cuantitativa y cualitativa de los actos de hostigamiento para dotar de contenido material al precepto.

Una vez dicho lo anterior quisiera llamar la atención sobre la actual redacción del tipo básico del artículo 173, y es que en éste no se exige expresamente como requisito del tipo el que los atentados contra la integridad moral sean habituales ni reiterados. Probablemente, una muestra de la inoportunidad de trasladar de forma mimética los distintos estadios de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes perfilados por la Jurisprudencia Europea, a lo previsto en el Código Penal español, se pone de manifiesto en la exigencia o inexistencia de la habitualidad como uno de los requisitos que deben de acompañar la conducta típica del artículo 173. Así, el TEDH en sus sentencias de 25 de febrero de 1982 y 18 de enero de 1978, entiende que al ser los tratos degradantes una conducta de menor entidad que las anteriores, precisa del requisito de la habitualidad, es decir, de la repetición de situaciones que resulten «hirientes a la dignidad porque suponen en todo caso menosprecio y humillación». Sentencias que en su momento fueron tomadas como referencia en algún pronunciamiento de los tribunales



españoles para descartar la existencia de tratos degradantes por carecer de la nota de habitualidad y que, además, un sector doctrinal viene a asumir también como característica intrínseca del delito de trato degradante (33).

No obstante, otro sector mantiene un punto de vista contrario a tal exigencia y descarta que la habitualidad sea un elemento esencial para la configuración del injusto (34). En este mismo sentido conviene reseñar, además, la Circular de la FGE 1/98, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, de 21 de octubre (35), en la que se establecen dos espacios materiales distintos. En primer lugar, las conductas que por sí mismas (atendiendo a su entidad) infligen un menoscabo grave a la integridad moral de la víctima que serían constitutivas de delito. Y, en segundo lugar, aquellas otras que aisladamente consideradas no alcanzarían el núcleo del injusto del delito del artículo 173 pero que cuando son reiteradas en su conjunto llegan a producir un menoscabo grave a la integridad moral de la víctima. En este orden, a pesar de que la jurisprudencia sobre esta materia no es abundante, existen ya algunas sentencias que constatan la existencia de un trato degradante por la concurrencia de un solo acto que implica que la persona a quien se le inflige sea menoscabada gravemente en su integridad moral (36), a otras que califican como tal delito la repetición continuada de esos comportamientos cuando por sí solos o considerados aisladamente serían constitutivos de un ilícito penal de una índole distinta (37). Sea

---

(33) STS 22 de septiembre de 1995 y SAP de Baleares de 29 de septiembre de 1998. En el mismo sentido, *vid.*, PORTILLA CONTRERAS, G. en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. T. I, ob. cit., p. 295.

(34) Por todos, *vid.*, PÉREZ MACHÍO, Ana. *Mobbing y Derecho penal*, ob. cit., p. 41 ss; de la misma autora, «Concreción del concepto jurídico de ‘mobbing’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», *ob. cit.*, p. 13; RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular», *ob. cit.*, p. 105.

(35) BMJ 1841/1999, 15 de marzo de 1999.

(36) SAP Barcelona, 2 de enero de 2000. En este mismo orden de consideraciones, me parece particularmente relevante la SAP Albacete, 12 de mayo de 2005, quien cita la SAP de Tarragona, 23 de diciembre de 2002, así como la referida Circular de la FGE 1/1998, 24 de octubre, para afirmar expresamente: «Parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para ser encuadrada en el precepto, es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de denigrante si tiene la entidad suficiente para ello».

(37) SAP Cádiz, 12 de julio de 1999. En parecido sentido, la STS de 14 de noviembre de 2001 expresamente dice que «el ámbito de aplicación del artículo 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una duración

como fuere, y con independencia de las consideraciones que pudieran formularse sobre el acierto o el desacierto de que el tipo básico del delito previsto en el artículo 173 requiera o no el requisito de la habitualidad, lo indiscutible es que el nuevo delito de acoso en el ámbito laboral incorpora la reiteración de los actos de hostigamiento como uno de los elementos claves de la configuración típica.

A mi juicio, el nuevo tipo lejos de solucionar los problemas no hace más que abundar en ellos. Valga un ejemplo, como veremos más adelante, un Juzgado de lo Penal califica los hechos de destinar a una trabajadora en una habitación sin ventilación, sucia, con una mesa, una silla, un bolígrafo y un papel sin encomendarle ninguna tarea, como un delito contra la integridad moral del vigente artículo 173.1. Llegados a este punto la pregunta es obvia: ¿se trata de actos reiterados de acoso psicológico o por el contrario se puede argumentar que se trata de un solo acto? Evidentemente si la respuesta fuera la última resulta que a la luz de lo previsto en este nuevo delito la conducta sería penalmente atípica. Mientras que si siguiéramos la doctrina jurisprudencial referida o atendiéramos a lo dispuesto por la FGE en su Circular 2/81, sería constitutivo de delito ya que –a juicio del Tribunal– la conducta del empresario menoscaba la integridad moral del trabajador. Es cierto, no puedo dejar de admitirlo, que con el requisito de la reiteración quedarían subsumidos en el tipo comportamientos que aisladamente considerados podrían no tener la entidad suficiente para configurar el injusto, pero también creo que si en sentido estricto se entiende que la reiteración de actos precisa de una sucesión de los mismos, algunos que se realizan de forma puntual aunque con la suficiente entidad para ser considerados graves podrían quedar extramuros de la nueva previsión.

### 3.3 La gravedad del acoso

Al igual que en el tipo básico en el que se estipula que el trato degradante ha de menoscabar *gravemente* la integridad moral, en el nuevo delito de acoso en el ámbito laboral los actos de acoso psicológico u hostilidad, además de reiterados han de ser *graves*; esto es, desde un punto de vista político criminal se fija un tamiz cualitativo en

---

notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias». Un interesante comentario a la misma es el realizado por BARQUÍN SÁNCHEZ, J., «Sobre el delito de grave trato degradante del artículo 173», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 04-04 (2002).

orden a ponderar valorativamente la entidad del acoso. Evidentemente, cuando éstos se produzcan y no revistan la entidad para ser calificados de graves no significa que se trate de un comportamiento penalmente irrelevante, pero sí que deben encontrar acomodo en otro lugar del Código como, por ejemplo, la falta del artículo 620.2 del Código Penal, vejación injusta de carácter leve.

Atender a la gravedad de los actos de hostigamiento para ponderar la entidad del acoso o de la humillación no deja de generar una cierta inseguridad en el momento de determinar valorativamente la entidad de dichos actos. Es inevitable, por lo tanto, atender al caso concreto sin que sea posible establecer a priori unos criterios que permitan valorar cualitativamente la dimensión del hostigamiento. No obstante, ello no impide para que se pueda atender a distintas variables, como: las circunstancias personales de la víctima, los efectos de la hostilidad, la vulnerabilidad, su duración, la reiteración, etc. En cualquier caso, creo que el elemento interpretativo clave para precisar la existencia de unos actos de acoso en el ámbito laboral que revistan la gravedad suficiente como para configurar el injusto no es otro que atender a criterios de afección al bien jurídico protegido, esto es, de lesión material al objeto de protección.

En esa misma línea de consideraciones, una cuestión es ponderar la entidad de los actos de hostigamiento por si configuran el ilícito y otra cosa distinta es determinar el criterio al que se debe de atender; dicho de otra manera, atender a un criterio objetivo o, por el contrario, a la percepción subjetiva de la víctima. Así, puede ocurrir que una víctima tenga la percepción –subjetiva– que determinado comportamiento ha infringido su integridad moral cuando, en realidad, se trataba de una conducta carente de la intensidad suficiente exigida para configurar el tipo o, simplemente, irrelevante. O, por el contrario, también podría ocurrir que la escala personal de valores de la víctima fuere más permeable o tolerante de lo que sería deseable.

A mi juicio las interrogantes anteriores deben de responder, en todo caso, a parámetros objetivos de ponderación acerca de la existencia de ese menoscabo grave a la integridad moral ya que, de lo contrario –de atender a la percepción subjetiva de la víctima–, y por motivaciones de índole distinta (fundamentalmente por una mayor tolerancia sobre esas conductas) la consecuencia podría ser la asunción de determinados actos por el sujeto pasivo que revistieran la entidad suficiente para integrar el tipo; piénsese, sin ir más lejos, en los actos de hostigamiento en el ámbito laboral que sufren algunos inmigrantes en nuestro país y que por razones evidentes asumen por la necesidad de conservar un mal llamado trabajo sujeto a un indudable trato degradante además de sometido a condiciones draconianas.

### 3.4 El acoso psicológico u hostilidad

He referido al inicio que el primer texto normativo que hace referencia al *mobbing* es la Directiva Marco del Consejo 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Texto al que más tarde sigue la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el trabajo (2001/2339 (INI) de 20 de septiembre de 2001 y que propiciaron que algunos países adoptaran medidas específicas a ese respecto, incluso –como es el caso de Francia– tipificándolos en el Código Penal.

Pero, ¿qué es exactamente el *mobbing* o acoso laboral o, como prevé el Proyecto de Código penal, el acoso psicológico u hostilidad? Es más, ¿el núcleo del comportamiento típico del acoso psicológico es el mismo que el de la hostilidad? La primera reflexión que se desprende de lo anterior es que no existe un acuerdo conceptual acerca de qué es el *mobbing*. En este sentido no es inusual que la jurisprudencia traiga a colación la definición propuesta por la Comisión Europea en el Dictamen adoptado el 29 de noviembre de 2001 (Doc. 1564/2/02-026/02 Es) por el Comité Consultivo para la Salud y la Seguridad en el Trabajo en el que se le caracteriza como:

«Un comportamiento negativo, entre compañeros de trabajo o entre superiores y subordinados jerárquicos, como consecuencia del cual la persona en cuestión es humillada, y atacada repetidamente, de modo directo o indirecto, por una o varias personas; el objeto –y el resultado– de este comportamiento es el rechazo y el hacerle el vacío a la persona».

Concepto que últimamente recoge la jurisprudencia, tanto de la jurisdicción contencioso administrativa (38) como de la social (39) y que, a la vez, se reproduce en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Sin embargo, lejos de existir un concepto jurídico normativo que contribuya a delimitar materialmente el ámbito material del injusto resulta que los Tribunales, ante el vacío normativo existente, perfilan de manera unilateral y en algún caso contradictoria el concepto de acoso en el ámbito laboral (40). Por si los problemas de delimitación conceptual no

---

(38) SAN, de 4 de marzo de 2005.

(39) SSTSJ Madrid, 4 de enero de 2006 y 22 de junio de 2004.

(40) *Vid.*, entre otras muchas, las SSTSJ Navarra, de 30 de abril de 2001, la SJS Pamplona, de 24 de septiembre de 2001, SJS Vigo de 28 de febrero de 2002, STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002, o la SJS Madrid, de 24 de marzo de 2004.

fueran suficientes, el *mobbing* no sólo puede presentarse como un acoso del empresario o de sus representantes hacia un trabajador (*mobbing* descendente o *bossing*) sino que, como se desprende del texto transcrito en el párrafo anterior, el acoso puede tener lugar entre compañeros de trabajo con el mismo nivel jerárquico (*mobbing* horizontal, fenómeno que en realidad se corresponde con la denominación de *mobbing*), e incluso se llegan a plantear también supuestos de *mobbing* ascendente cuando una persona que ostenta un rango superior jerárquico en la empresa se ve hostigado por uno o varios subordinados (41). Reflexión que en atención a la previsión del nuevo párrafo que se pretende añadir al artículo 173 podría ser plausible, ya que taxativamente hace referencia al «marco de una relación laboral». Vayamos más lejos, como es bien sabido existen ámbitos de tutela en la jurisdicción civil, en la social y en la contencioso administrativa que habitualmente han sido los utilizados para dirimir estos conflictos cuando la víctima del acoso laboral es un empleado y el responsable del mismo es su superior jerárquico pero, ¿qué ocurriría si jurídicamente se admitiera la posibilidad de la existencia de una situación de acoso vertical o ascendente? Sinceramente, y con independencia de que tales supuestos pudieran darse, me parece difícil de imaginar que se acuda a los Tribunales por ello. Es más, en la misma línea de consideraciones, creo que de continuar utilizándose como referente la definición propuesta por el Comité Consultivo para la Salud y la Seguridad en el Trabajo –asumida por un sector jurisprudencial importante además de por el propio CGPJ–, se debería ser particularmente cuidadoso al valorar episodios de acoso cuando éste tuviera como objeto (utilizando los mismos términos que ellos emplean) «el rechazo y el hacerle el vacío a la persona».

La ceremonia de confusión no sólo está presidida por las circunstancias que acabo de enunciar, en cuanto a la ausencia de un concepto normativo de acoso laboral o al carácter multidireccional que algunos autores sostienen que puede adoptar el *mobbing*, sino que el núcleo del comportamiento típico el «acoso psicológico» se acompaña por otro concepto aún más etéreo e indeterminado como es el de «hostilidad». Añádase a que ambos se encuentran unidos por la vocal «u» y con ello parece que el tipo adopta un comportamiento mixto presidido por el «acoso psicológico u hostilidad» hacia la

---

Textos que se recogen en el trabajo de PURCALLA BONILLA, M. A., «Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales», *La Ley*, núm. 6867, 16 de septiembre de 2004.

(41) *Vid.*, PURCALLA BONILLA, M. A., *ob. cit.*, p. 3.

víctima. No obstante, si atendemos al significado gramatical de ambos, acoso y hostilidad, resulta que pueden ser entendidos como fórmulas sinónimas que deberían interpretarse en el mismo sentido ya que no es posible establecer entre ellos unos ámbitos materiales distintos que nos permitan dotar de contenido material diverso a la tipicidad objetiva. No obstante, las consideraciones críticas que se pueden formular por la quiebra de los mandatos constitucionales de taxatividad o de certeza son indiscutibles, con un tipo que se configura de una forma abierta, indeterminada, en el que las conductas punibles son absolutamente difusas con el consiguiente perjuicio al principio de legalidad al privarlo de un contenido material mínimo que contribuye a disminuir o, en este caso, a difuminar la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE.

Por otro lado, la formulación típica presenta un riesgo adicional y es que en atención a la práctica no ya de acoso psicológico sino de hostilidad hacia un empleado por parte de su superior jerárquico, por ejemplo, con el propósito de hacerle el «vacío» se pueden pretender derivar hacia el tipo penal tales situaciones, cuando es evidente –y así lo han manifestado los Tribunales en repetidas resoluciones– que no todos los problemas que se presentan en el seno de una relación laboral o las divergencias con quienes sean sus superiores jerárquicos se han de dirimir penalmente (42).

A la espera de que *algún día* el legislador adopte un concepto jurídico normativo de *mobbing* que nos permita superar el confusionismo al que se encuentra abocada la Administración y los propios Tribunales –ya hemos hecho referencia a la pluralidad conceptual (en algún caso contradictoria) manejada por la Jurisprudencia–, resulta que hasta ahora se han utilizado distintos conceptos de acoso que tienen su origen en la psicología (43), en la psiquiatría, o, en la sociología, con

---

(42) Entre otros muchos, *vid.* Auto AP Madrid, Sección 5.ª, de 17 de noviembre de 2003.

(43) Un claro ejemplo de la indeterminación jurídica del concepto de *mobbing* nos la ofrece el trabajo de BLANCO BAREA, M. J.-LÓPEZ PARRA, J., «La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, núm. 5509, 25 de marzo de 2002, quienes adhiriéndose a la definición de *mobbing* propuesta por H. LEYMANN (Definición que se recoge en la Nota Técnica Preventiva (NTP) 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo –INSHT–), afirman que se trata de aquella «situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas

la particularidad de que de una u otra manera se han utilizado con mayor o con menor fortuna para tutelar los conflictos jurídicos surgidos en cada una de las jurisdicciones (44).

Una cuestión importante que debo mencionar, como he dicho al inicio de este trabajo, es que en múltiples ocasiones se han utilizado indistintamente los conceptos de acoso moral y de acoso psicológico cuando en realidad se trata de situaciones distintas que presentan elementos diferentes, con la particularidad de que ambas modalidades de acoso en el marco de una relación laboral puedan integrarse bajo el concepto de *mobbing* (45). Así, compartiendo en buena medida lo propuesto por PÉREZ MACHÍO (46), puede afirmarse que el *acoso psicológico* se caracteriza por la provocación de violencia psicológica en la víctima. Se trata de la alteración del estado emocional a través de la perturbación de su equilibrio; situación que se alcanzaría al incidir en el equilibrio emocional de la persona provocando en ella sensaciones de desasosiego, preocupación, inseguridad, miedo, etc. Por el contrario, el *acoso moral* no sólo carece del componente estrictamente psicológico que tiene el anterior sino que, en directa relación con una parte de la rúbrica bajo la que se agrupan estos delitos así como con el bien jurídico objeto de protección, se caracteriza por la vulneración de la integridad moral de la persona, por la vejación, por el envilecimiento, en definitiva, por la humillación a la que se somete a la víctima; en otras palabras, se trata de una conducta que viene presidida por la cosificación de la persona y el sometimiento de ésta a un trato como si fuere un objeto sin voluntad.

---

*acaben abandonando el lugar de trabajo*» (subrayado añadido). Nada dicen, en cambio, sobre si los actos de acoso sobre la víctima se producen menos de una vez por semana y menos tiempo de esa media que estiman de seis meses. ¿serían comportamientos susceptibles de integrar el nuevo tipo penal de acoso en el ámbito laboral?

(44) Al respecto, *vid.*, PÉREZ MACHÍO, Ana I., *Mobbing y Derecho penal*, ob. cit., p. 28, de la misma autora, «Concreción del concepto jurídico de ‘*mobbing*’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», ob. cit., p. 2-6, quien realiza un interesantísimo recorrido sobre las distintas concepciones de acoso desde el ámbito de la psiquiatría y de la psicología.

(45) *Vid.*, CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)», ob. cit., p. 203 ss.

(46) PÉREZ MACHÍO, Ana I., «Concreción del concepto jurídico de ‘*mobbing*’, bien jurídico lesionado y tutela jurídico penal», ob. cit., p. 6. No obstante, a pesar de compartir en gran parte lo propuesto por la citada autora, creo que algún caso de los que sugiere es susceptible de ser constitutivo de un delito de amenazas; por ejemplo, cuando califica como acoso psicológico la situación en la que se encuentra una persona como consecuencia de recibir una carta anónima en la que se la amenaza de muerte si no abandona su lugar de residencia. Supuesto que en su reciente monografía *Mobbing y Derecho penal* ya no contempla.



Es evidente que en una primera lectura del precepto, podría deducirse que el legislador ha optado por un concepto nuclear que representa la adopción de una posición determinada ya que el tipo se refiere exclusivamente a los actos de *acoso psicológico u hostilidad* que se realicen sobre la víctima, por lo que podrían quedar excluidos del ámbito típico los comportamientos caracterizados por el acoso moral. Sin embargo, no creo que sea así por dos razones distintas. En primer lugar porque el delito debe de interpretarse en estricta clave de bien jurídico, y el objeto de protección en él como así se recoge también parcialmente en la rúbrica del Título es la *integridad moral*. En segundo lugar, y no menos importante que lo anterior, porque a continuación se añade que tales actos de acoso psicológico y hostilidad deben generar en la víctima *sentimientos de humillación*, y ya hemos visto que una característica esencial del acoso moral es el sometimiento a situaciones humillantes para las víctimas. Razones que me llevan a concluir que a pesar de que no se mencione expresamente una de las modalidades de acoso, en realidad ambas disponen de protección penal.

Por otro lado, en especial atendiendo a los conceptos de *mobbing* propuestos desde la psicología o desde la sociología, se ha enfatizado en la violencia psicológica como uno de sus elementos esenciales y, a la vez, en la identificación de tales conductas con los daños a la salud psíquica o mental de la víctima que, con frecuencia, se producen. No obstante, en sentido contrario, también es cierto que esas afecciones no siempre tienen lugar por lo que no son precisos los tratamientos médicos ni psicológicos de la víctima. Luego, de atenderse a la existencia de violencia y a un resultado lesivo podrían quedar extramuros del Derecho penal comportamientos particularizados por un desvalor de acción con la entidad suficiente como para ser calificados como de acoso laboral. Razón por la que me parece más lógico delimitar conceptualmente el ámbito del acoso laboral atendiendo a factores como los de vejación, degradación y/o humillación de la víctima a quien se instrumentaliza y cosifica (47).

En la misma línea de consideraciones que la anterior, es frecuente atribuir al *mobbing* un componente teleológico en relación a que el propósito de quienes llevan a cabo tales conductas, en un contexto contractual laboral, no es otro que el de conseguir que la víctima abandone su puesto de trabajo (48). Sin embargo, no creo que pueda

---

(47) PÉREZ MACHÍO, Ana I., «Concreción del concepto jurídico de ‘mobbing’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», ob. cit., pp. 12 y 19.

(48) Ampliamente, RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar, «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, p. 34.

predicarse a todas las situaciones de acoso en el ámbito laboral, ya que se trata de un objetivo que no siempre concurre o que no se alcanza —en función de distintas y de las más variadas circunstancias personales o psicológicas de la víctima—, o de que el comportamiento realizado con el propósito de instrumentalizar o de cosificar a la víctima responde a otra finalidad distinta a la que ésta abandone voluntariamente su empleo. En consecuencia, creo que lo materialmente relevante en este nuevo delito es la afección a la integridad moral del trabajador.

Además de lo acabado de referir, lo que parece claro es que la interpretación del comportamiento nuclear del precepto debe de hacerse de forma muy estricta limitando con ello el ámbito material de las pretendidas conductas típicas y, en cualquier caso, en estricta clave de bien jurídico. Así, entiendo que una interpretación desde la lesión material a la integridad moral de la persona permite excluir del ámbito del artículo 173 del Código Penal conductas —ilícitas sin duda—, pero que no revisten la entidad suficiente para ser merecedoras de una respuesta punitiva como la prevista en el citado precepto.

### 3.5 El sentimiento de humillación

El precepto introduce una descripción típica que me parece poco acertada en su formulación: «*actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación...*»; de inicio y desde un punto de vista de técnica legislativa entiendo incorrecto que los actos de grave acoso psicológico u hostilidad que generan en la víctima sentimientos de humillación se vinculen con el adverbio «*naturalmente*», dado que la relación causa efecto que se prevé entre el comportamiento de acoso moral y el resultado, esto es, entre el elemento medial y el sentimiento de humillación hace superfluo que se añada un adverbio que más que vincular el comportamiento con el resultado distorsiona una descripción típica al añadir una circunstancia que es intrínseca al acoso moral para que éste revista relevancia.

Pero más que incidir en la deficiencia de la técnica legislativa, me interesa referirme al «*sentimiento de humillación*», y con ello a la necesidad de objetivizar la situación de humillación de la víctima del acoso moral o, dicho de otro modo, a la necesidad de objetivizar lo subjetivo mediante los mecanismos de la relación de causalidad y de imputación objetiva, esto es, entre los actos de grave acoso psicológico u hostilidad y los sentimientos de humillación generados en la víctima como consecuencia de aquellos. Es indiscutible que los senti-

mientos de humillación forman parte de una percepción subjetiva, íntima, del sujeto pasivo, pero también es cierto que tales sentimientos en función o en atención a una situación de mayor vulnerabilidad de la víctima pueden acentuarse cuando objetivamente el acto o el comportamiento potencialmente hostil del sujeto activo tienen una relevancia ínfima o incluso ser potencialmente inanes, razón por la que, insisto, se debe atender a criterios de imputación objetiva además de considerar otras circunstancias, ya fueren las personales de la víctima –con atención especial a su edad, a su vulnerabilidad, etc.–, o el contexto en el que esos actos de hostigamiento se realizan. Criterios a los que ya me he referido al ponderar cualitativamente la gravedad de los actos de grave acoso psicológico u hostilidad.

#### 4. EL CONFLICTO LABORAL Y EL DELITO DE MOBBING O ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL

##### 4.1 Vulneración de los derechos del trabajador y *mobbing*

Con carácter previo me parece importante acentuar algo conocido y que, a la vez, puede generar cierta confusión. Es incuestionable que el trabajador tiene unos derechos, entre otros: a su integridad física (art. 4.2.d. ET); a su intimidad y la consideración debida a su dignidad, en la que queda comprendida la protección frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual» (art. 4.2.e. ET), derechos que, llamémosle así, tienen su complemento en otros del mismo ET, como son los previstos en su artículo 18: las salvaguardas legales cuando se practica un registro sobre la persona del trabajador, sus taquillas o efectos individuales; o, los límites a las facultades del empresario de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes legales del trabajador, artículo 20.3 ET; además, de \*los límites a la movilidad funcional del trabajador que no podrá menoscabar su dignidad, artículo 39.3 ET. Obviamente, el incumplimiento por parte del empresario de esos u otros derechos puede dar lugar a acciones de diferente índole ya sean, en primer lugar, de denuncia ante la Inspección de Trabajo, que puede tener como resultado una sanción por infracción muy grave al contravenir el artículo 8.11 de la LISOS («actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores»); o, en segundo lugar, el trabajador podría dirigirse a la jurisdicción social para iniciar frente a su empleador el procedimiento para extinguir su relación laboral con una indemnización similar a la del despido improce-

dente (art. 50.1.a. ET) (49). Ahora bien, que el empresario vulnere los derechos del trabajador no necesariamente supone que se trate de una situación que pueda ser calificada como de acoso en el ámbito laboral o de *mobbing*. Ni tampoco deben de entenderse como tales aquéllas otras situaciones –nada infrecuentes– de estrés laboral o el denominado «*síndrome del quemado*» (*burn-out*). Conclusión a la que se llega ya sea si adoptamos como punto de partida la definición, a la que nos hemos referido con anterioridad y que es asumida por un importante sector jurisprudencial –propuesta en la Comisión Europea por el Comité Consultivo para la Salud y la Seguridad en el Trabajo– o ya sea la adoptada por otros sectores de carácter marcadamente psicológico o sociológico (50).

Por lo tanto, permítaseme que insista, una cosa es la vulneración de los derechos del trabajador y otra distinta las situaciones de acoso en el ámbito laboral. En este sentido, las vías de tutela que se pueden emplear frente a los casos de *mobbing* son diversas y no sólo de naturaleza penal (al margen de que prospere la reforma actualmente en trámite), ya que –como es de sobras conocido– también es posible acudir a la jurisdicción civil, a la laboral y a la contencioso administrativa. Téngase en cuenta que, además de lo anterior, el trabajador puede iniciar un procedimiento administrativo ante la Inspección de Trabajo en el que denuncie la situación de hostigamiento laboral en la que se encuentra. Vía que en el caso de los funcionarios públicos es en este momento particularmente problemática, dado que cuando ello ocurre la IT remite la denuncia a la propia Administración puesto que –se dice– dado que el *mobbing* afecta a las relaciones laborales y éstas se encuentran reguladas en el ET, éste no les es de aplicación a los funcionarios públicos que quedan excluidos de su régimen, de modo que la opción no es otra que la de acudir al procedimiento contencioso administrativo.

Por razones evidentes no voy a detenerme en todas y cada una de las vías de tutela posibles, ya sean de naturaleza administrativa o jurisdiccional, aunque esbozaré –sin ánimo de exhaustividad– algunos de los mecanismos legales previstos en las segundas (51).

---

(49) VELÁZQUEZ, M. «La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o *mobbing*», en *Revista del Instituto Nacional de la Seguridad Social e Higiene en el Trabajo*, núm. 17, 2002, p. 30

(50) Supra nota núm. 43.

(51) Ampliamente, *vid.*, VELÁZQUEZ, M. «La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o *mobbing*», en *Revista del Instituto Nacional de la Seguridad Social e Higiene en el Trabajo*, núm. 17, 2002, pp. 27 ss. PURCALLA BONILLA, M. A., «Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales», *ob. cit.*, p. 9.

En primer lugar, la vía civil es la adecuada para instar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia del hostigamiento. Así, es factible acudir a los mecanismos de responsabilidad contractual o extracontractual. En el primer caso, cuando el hostigador es el empresario o su representante directo (art. 1901 CC), en tanto que las secuelas relacionadas con el *mobbing* se producen como consecuencia del incumplimiento del empresario de obligaciones inherentes al contrato de trabajo (el deber de respetar la consideración debida a la dignidad del trabajador –art. 4.2. e) ET–, además de la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los temas relacionados con el trabajo –art. 19 ET). Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, aparecerá cuando el acoso es realizado por un compañero de trabajo o por un superior jerárquico distinto del empresario (art. 1902 CC); sin olvidar, la vía del artículo 1903 CC, en la que se podrá reclamar la responsabilidad directa de la empresa por ser ésta la responsable de los actos realizados por sus empleados en el trabajo.

Por lo que respecta a la jurisdicción social, la responsabilidad del empresario que ha ocasionado esas situaciones de acoso en el ámbito laboral o que ha adoptado una postura pasiva frente a ellas, puede dar lugar a una acción de extinción de la relación laboral y/o de resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Una opción distinta que hay que tener igualmente presente son las acciones ante la Seguridad Social y con ello la posibilidad de abordar el *mobbing* como causante del accidente de trabajo, a pesar de que el RD 1995/1978, de 12 de mayo –hoy derogado–, disponía una clasificación cerrada de enfermedades profesionales en la que no lo contemplaba, como tampoco se recoge en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, actualmente vigente (52). En tal sentido, aunque las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia no son muy numerosas, se puede afirmar la existencia de una creciente sensibilidad por parte de éstos al atender a la vía del artículo 115.2.e) de la LGSS, y por lo tanto a la consideración del *mobbing* como accidente de trabajo siempre que se pruebe la relación de causalidad entre el acoso moral y la enfermedad sufrida por el trabajador. Una muestra de ello son las Sentencias de los TSJ de Cataluña, 15 de mayo 2003; de Navarra, 23 diciembre 2003; o, del País Vasco, 11 de julio de 2006.

Por otro lado, en el caso de los funcionarios, el mecanismo procesal adecuado es reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial

---

(52) RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE núm. 302, 19 de diciembre de 2006.

de la Administración pública (art. 139 ss. de la Ley 30/1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) ante la jurisdicción contencioso administrativa. Recuérdese que la responsabilidad de ésta es directa, además de que es objetiva o por el resultado por lo que será irrelevante que la actuación administrativa haya sido normal o como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio público (53).

No es eso todo, sino que en el ordenamiento jurídico español se promulgaron leyes –consecuencia directa de la Directiva del Parlamento Europeo 2006/54–, como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (54); mecanismos que vienen a poner de relieve la enorme capacidad del ordenamiento jurídico español para luchar contra el acoso en el ámbito laboral, a los que se deben añadir los previstos en el Código Penal vigente, que analizaremos a continuación.

## 4.2 El nuevo delito de acoso en el ámbito laboral y el Derecho penal. ¿Una tipificación necesaria?

### 4.2.1 LOS PRINCIPIOS DE FRAGMENTARIEDAD Y DE ULTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL

Es pacífico en la doctrina la idea de que en un Estado democrático la potestad punitiva no se debe ejercer en cualquier ámbito, sino que la intervención estatal debe ceñirse a unos parámetros contrarios a la criminalización indiscriminada de aquéllos comportamientos carentes de un plus de lesividad que no legitimen la intervención penal (55). Entre otras consecuencias, lo anterior supone la atribución al Derecho penal de un *carácter subsidiario*. Así pues, dada la gravedad de las consecuencias derivadas de la acción penal, no habría que acudir a ella cuando existan otros mecanismos jurídicos sancionadores menos graves que sean capaces de proteger bienes jurídicos. Luego, si el Derecho penal no es el único mecanismo sancionador y si de él se desprenden las sanciones más graves, pareciera que éste debería ser sub-

(53) PURCALLA BONILLA, ob. cit., p. 10.

(54) Ampliamente, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., «Las nuevas leyes ‘antiacoso’ ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo –mobbing–? *La Ley*, núm. 5942, 28 de enero 2004.

(55) MARTOS NÚÑEZ, J. A., «El principio de intervención mínima», ADPCP, 1987, pp. 99 ss.

sidiario de otros sectores del ordenamiento (civil, administrativo, laboral, etc.), por lo que cuando existan otras vías o cuando concurren otras soluciones menos contundentes, deben ser aquéllas las medidas aplicables y no las propias de un Derecho penal que, necesariamente, debe ser entendido como una *ultima ratio*. Por otro lado, téngase presente que directamente relacionado con el principio de intervención mínima del Derecho penal cabe referir, también, su *carácter fragmentario*; esto es, el Derecho penal no puede sancionar ni todas ni tampoco cualquier afección a un bien jurídico, sino sólo las modalidades de ataque más grave realizadas a los bienes jurídicos fundamentales.

Una consecuencia directa de lo dicho hasta ahora obliga a una reducción del sistema penal en todo aquello que no sea inevitable, es decir, debe llevar aparejada la descriminalización de conductas de poca entidad o de los injusto bagatela para quebrar con ello la preocupante tendencia de huída hacia el Derecho penal. Ello no significa desconocer una necesidad inversa cual es la de demandar una profunda revisión de determinados sectores que implique la intervención penal en ámbitos hasta ahora desprovistos de protección o, incluso, cuando la misma se manifiesta claramente insuficiente para hacer frente a las constantes agresiones de las que son objeto, como es el caso de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva o de los de interés social. Argumento utilizado por el Gobierno al afirmar que la tipificación de nuevos delitos en el Proyecto de Reforma del Código Penal se dirige a hacer frente a nuevas formas de criminalidad. Afirmación que indudablemente comparto (la necesidad de hacer frente a las nuevas formas de criminalidad con la tipificación de los comportamientos punibles que se estimen precisos), pero que en este caso –por distintas razones– considero innecesario, tal y como seguidamente referiré.

Ahora bien, lo jurídicamente inadmisibles es que se traiga a colación el principio de intervención mínima como uno de los límites al poder punitivo del Estado, afirmando que es una garantía para que el ciudadano no se vea privado de su libertad por comportamientos irrelevantes y que a continuación se afirme: «Pero la contrapartida es que sirve al mismo tiempo de freno, al progreso en la protección de los derechos», a lo que se le añade otra aseveración aún más sorprendente que la anterior: «Una vez más el principio de intervención mínima enmascara la reticencia de las iniciativas parlamentarias a recoger el verdadero sentido de las reivindicaciones sociales» (56). Vaya por

---

(56) BLANCO BAREA, M. J.-LÓPEZ PARADA, J., «La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, núm. 5509, 25 de marzo de 2002, pp. 1-2.



anticipado que creo imaginar que tales afirmaciones (u otras que no reproduciré) se realizan en o desde la creencia de la ausencia efectiva de tipos penales en los que subsumir las afecciones más graves a la integridad moral, a la libertad de las personas o a sus derechos como trabajadores, pero desde luego no es de recibo utilizar el tan manido argumento de que no existe una regulación específica del acoso laboral con la que hacerle frente (57). Y, entiéndaseme bien, no quiero decir con lo anterior que atendiendo al principio de intervención mínima no pueda acudir al Derecho penal para responder de manera contundente la afección de bienes jurídicos susceptibles de ser afectados, pero sí afirmo con la misma convicción que existen tipificaciones delictivas que resultan a todas luces superfluas, cuando no perturbadoras o innecesarias en tanto que lejos de configurar la relevancia típica de un comportamiento desde los principios de seguridad jurídica, de certeza o de taxatividad no hacen más que añadir un nuevo precepto al Código de un comportamiento que se superpone con otros o, en el mejor de los casos, que resulta difícilmente aplicable o que, sin más, va a engrosar el nutrido poso de preceptos que no pueden ser calificados de otra forma que no sea *Derecho penal simbólico*.

#### 4.2.2 APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA PENAL EN CASOS DE *MOBBING*

Con anterioridad he citado diferentes pronunciamientos de las jurisdicciones civil, laboral o administrativa en las que se resuelven situaciones derivadas del acoso en el trabajo. Resoluciones que, es cierto que en menor medida, también se han producido en sede penal (58), seguramente en mayor número de lo imaginable aunque también es cierto que las sentencias condenatorias no son frecuentes (59). Con independencia de los motivos sustantivos o adjetivos que lo propician (60), me

---

(57) Así, expresamente, CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, ob. cit., p. 199.

(58) *Vid.*, MORALES GARCÍA, O., «*Mobbing*: ¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico», ob. cit., p. 436 ss.

(59) Así, entre otras, SAP Tarragona, 26 de abril de 2004; Auto AP Barcelona, 9 de marzo 2005; Auto AP Barcelona, 5 de mayo 2005; Auto AP Albacete, 12 mayo de 2005; Auto AP Guipúzcoa, 16 de mayo 2005; Auto AP Barcelona, 28 de junio 2005; la SAP Orense, 7 de noviembre 2005; Auto AP Barcelona, 27 de marzo 2006, o el Auto de la AP Lleida, 27 de abril 2006.

(60) *Vid.*, CARMONA SALGADO, C., ob. cit., p. 206, en especial nota pie de página núm. 18, donde la autora destaca que aprovechando la enorme repercusión de este fenómeno social se recurra a interponer denuncias sobre *mobbing* de forma indebida.

voy a referir a tres resoluciones en particular. En la primera se admite expresamente la posibilidad de perseguir el *mobbing* en la jurisdicción penal, mientras que las otras son dos sentencias condenatorias que concluyen la responsabilidad penal de los acusados por sendos delitos contra la integridad moral.

Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.<sup>a</sup>, de 17 de septiembre de 2004, se dirime un caso que en su momento tuvo una cierta trascendencia pública ya que el Tribunal se manifestó no sólo acerca de la eventualidad de acudir a la vía penal para dirimir una situación de acoso en el ámbito laboral sino que, además, acordó la apertura del juicio oral (61). En efecto, el Auto resuelve el recurso de apelación que presentó la representación procesal de la acusación particular contra otro del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona, en el que acordaba el sobreseimiento libre del acusado y el archivo de las actuaciones. El querellante, un ingeniero de Telefónica, insta la correspondiente acción penal contra quien entonces era su superior jerárquico dado que éste lo había dejado sin trabajo durante un tiempo, había mandado poner su mesa en la mitad de una sala que era zona de paso, le había desconectado el ordenador, lo tenía apartado de sus compañeros y le privó del uso del teléfono y del parking. En síntesis la resolución objeto de comentario, además de revocar el Auto de sobreseimiento libre y archivo para acordar la apertura del juicio oral contra el querellado, nos ofrece dos líneas de argumentación que considero particularmente interesantes, que hasta entonces eran inéditas aunque no por ello obvias. La primera es que el *mobbing* no es privativo de la jurisdicción laboral, sino que «debe ser perseguido por la jurisdicción penal cuando las conductas puedan subsumirse en los tipos penales» (62); y,

---

Es más trae a colación una información publicada en el diario *El País*, 12, 18 y 19 de octubre de 2003, donde se pone de manifiesto que durante un semestre del año 2002 se recibieron en la Inspección Laboral de Barcelona 106 denuncias, de las que apenas se tramitaron el 10% de las mismas.

(61) No obstante, existe otra resolución anterior en el mismo sentido: el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2004, donde se resuelve un recurso de apelación en el que finalmente confirma el archivo de las actuaciones que, a mi entender, sienta las premisas de lo que ya es una tendencia jurisprudencial consolidada, cual es la de no negar potencialidad incriminadora a las conductas que supongan una «afectación del desarrollo de la relación jurídica laboral de conformidad a las exigencias constitucionales de dignidad, libertad e igualdad». Trascendencia penal que no puede confundirse con situaciones propias de una relación deteriorada entre ambas partes aunque, en sentido contrario, «la ausencia de un tipo específico no impide, prima facie, la persecución de conductas acusadoras que puedan caer dentro del perímetro de protección de otros tipos penales».

(62) En el mismo sentido, y entre otras, *vid.*, Auto AP La Rioja, 12 de abril de 2005; Auto AP Guipúzcoa, 16 de mayo de 2005; Auto AP Barcelona, 27 de marzo de 2006.

por otro lado, que los hechos podrían ser indiciariamente constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores (art. 311 del Código Penal) o subsidiariamente de coacciones (art. 172 del Código Penal). Con independencia de las objeciones que puedan desprenderse de la tipificación de los hechos –de las que la propia Sala es consciente, ya que ella misma anticipa que sujeto activo del delito previsto en el artículo 311 sólo puede ser el empleador–, lo que me parece significativo es que el Tribunal considerara un pretendido caso de acoso moral como indiciariamente constitutivo de delito para acabar dándole un determinado encaje en el texto punitivo.

El segundo pronunciamiento que, en realidad, es la primera sentencia condenatoria por acoso laboral es la del Juzgado penal núm. 8 de Valencia, de 21 de abril de 2005, mediante la que se condena al acusado como autor de un delito contra la integridad moral (art. 173.1 del Código Penal), con la concurrencia de la agravante de desprecio o discriminación sexual (art. 22.4 del Código Penal), a la pena de dos años de prisión. Calificación que, asimismo, fue la propuesta por el Ministerio Fiscal. La querellante era una empleada de la empresa «Mercadona» víctima del comportamiento de su encargado, quien le llamaba la atención en presencia de sus compañeros, de los clientes, diciéndole que sus hijos harían mejor su trabajo que ella, la calificaba de «inútil», le profería expresiones soeces y despectivas, le cambió las vacaciones con lo que perdió el dinero y el viaje que previamente tenía concertado, además de engañarla en cuanto al día en el que debía incorporarse a trabajar después de una licencia por maternidad, retraso que propició el denunciado y que fue el argumento que utilizó para su despido que, más tarde, fue declarado improcedente. Como consecuencia de lo anterior, la denunciante tuvo que someterse a tratamiento médico por estrés laboral y trastornos psíquicos, interponiendo más tarde la correspondiente acción penal contra el encargado de la tienda. La Sentencia en un sintético Fundamento de Derecho Primero califica los hechos que previamente ha declarado probados como un delito contra la integridad moral sin entrar en consideraciones dogmáticas, mientras que en el Fundamento siguiente incide en la prueba practicada entrando en todo lujo de detalles sobre el actuar del acusado para más tarde entender que el querellado no sólo es el autor de los hechos que se le atribuyen sino que debe estimarse la concurrencia de la agravante de desprecio por razón de sexo, lo que lleva al Juez a imponer la pena en su grado máximo.

Por último, un recentísimo pronunciamiento es la Sentencia de 27 de septiembre de 2006, del Juzgado penal núm. 1 de Jaén, en la que se condena a seis meses de prisión al administrador de una empresa que

se vio obligado por orden judicial a readmitir a una trabajadora, aunque cuando lo hizo la destinó a una habitación sin ventilación, sucia, simplemente dotada de una mesa, una silla, un bolígrafo, y un papel. Todo ello sin encomendarle ninguna tarea desde la fecha en la que se reincorporó (25 de octubre de 2004) hasta que fue dada de baja laboral (16 de noviembre de 2004). Lo significativo de la Sentencia, muy escueta en argumentación, es que el Ministerio Fiscal calificó los hechos con el mismo criterio que la querellante, delito contra la integridad moral (art. 173.1 del Código Penal), además de que fue dada con la conformidad del acusado con la calificación y la pena solicitada por el Ministerio Público.

Sin entrar en mayores consideraciones me resulta inevitable hacer mención a una cuestión importante a la que ya me he referido al hacer referencia a la reiteración, que ahora de manera expresa exige el nuevo precepto. Como se habrá advertido, la primera de las sentencias condena al acusado por un delito contra la integridad moral, cuando su comportamiento está particularizado por una sucesión de actos que tienen por objeto atentar contra la integridad moral de la víctima (entre otros, los insultos, las expresiones soeces, las descalificaciones en presencia de los clientes, el cambio arbitrario de las vacaciones, o el engaño en la fecha de incorporación al trabajo después de la licencia por maternidad). Sin embargo, la segunda sentencia condena también al acusado –en este caso de conformidad con la pena solicitada por el Ministerio Público–, por un comportamiento que podría ser entendido como carente del requisito de la reiteración. Esto es, la sentencia entiende que el trato que se profiere a la trabajadora atenta contra su integridad moral, pero téngase en cuenta que éste se circunscribe a enviarla a una habitación sucia, sin ventilación, dotada de una silla, un bolígrafo y un papel, a quien además no le encarga ninguna tarea. Resolución que no me parece desacertada, pues el tipo básico del actual artículo 173 no requiere una sucesión de actos que atenten contra la integridad moral de la víctima, por lo que es perfectamente legítima una interpretación del precepto que atienda a la gravedad del menoscabo a la integridad moral. Sin embargo, téngase en cuenta que en la reforma se exige el requisito de la reiteración, por lo que situaciones como las que se resuelven en la citada sentencia podían presentar serias dudas de tipicidad al carecer de ese requisito exigido en el tipo siempre, claro está, que los hechos que motivaron la condena del acusado se interpreten en una unidad de acto.

Finalmente, añadir que con las resoluciones citadas he pretendido poner de relieve la creciente sensibilización de la jurisdicción penal en cuanto a la necesidad de dispensarle el tratamiento que corresponda a

unos hechos que tengan relevancia punitiva. Otra cosa es que aquéllos no dispongan de la entidad o la gravedad suficiente para ser constitutivos de delito y, por lo tanto, sean considerados como una falta de vejaciones de carácter leve (art. 620.2 del Código Penal), como es el caso de los que se dirimen en la SAP Tarragona, de 26 de abril de 2004 o, simplemente, que de los hechos que motivan las actuaciones no se desprendan indicios de acoso, dado que no todos los problemas que se presenten en el seno de una relación de trabajo y las divergencias con quienes sean sus superiores jerárquicos se puedan subsumir en el tipo penal, Auto AP Madrid, 17 de noviembre de 2003.

#### 4.2.3 LOS TIPOS DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE ANTE EL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL

Las conductas típicas previstas en el Código Penal vigente en las que se pueden subsumir los supuestos de acoso en el ámbito laboral son distintas y en función, naturalmente, del comportamiento o de las características de los actos de acoso psicológico u hostigamiento (63). Con carácter previo a lo que sigue, permítaseme una afirmación que no por evidente resulta superflua, y es que para los delitos que se refieren a continuación rigen con carácter general las reglas de autoría y participación. Como es sabido, en los comportamientos de acoso en el ámbito laboral no sólo no es inhabitual que concurren distintos autores sino que, en ellos, las formas de participación, ya sea a título de inducción, de cooperación o de complicidad, no son infrecuentes. Otro tanto, en este caso cuando la estructura del precepto lo permita (delitos de resultado), cabe también la posibilidad contemplar la autoría omisiva a partir de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 11 del Código Penal, sin que a priori presente problemas la existencia de una posición de garante del empresario que conoce y que, a la vez, consiente o tolere los actos de hostigamiento que sufre la víctima (64).

Lo que a continuación se expone no pretende ser un análisis por menorizado de todos y cada uno de los tipos en los que podían subsumirse los acosos en el ámbito laboral (además de delimitar el acoso

---

(63) Al respecto *vid.* los trabajos de CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)», *ob. cit.*, p. 229 ss; así como, MORALES GARCÍA, O. – FERNÁNDEZ PALMA, R., «Estudio sobre la relevancia jurídico penal del mobbing», en *Iuris*, núm. 82, 2004, pp. 22 ss; MORALES GARCÍA, O., «*Mobbing*: ¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico», *ob. cit.*, p. 412 ss.

(64) En el mismo sentido, *vid.*, PEREZ MACHÍO, Ana I., *Mobbing y Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 152 ss, así como las interesantes reflexiones que realiza más adelante acerca de la posibilidad de que determinados comportamientos omisivos puedan subsumirse en el ámbito típico del artículo 450 del Código Penal.

laboral con algunos comportamientos con los que podría concurrir) sino, simplemente, una pequeña muestra del elenco punitivo articulado en el Código que, una vez más, nos lleva a cuestionarnos el acierto de una tipificación específica cuando se trata de situaciones que tienen un perfecto acomodo en las descripciones típicas vigentes.

a) *Delitos contra el honor: injurias*

En los delitos contra el honor el comportamiento que en primera instancia es susceptible de aparecer relacionado con el acoso en el ámbito laboral es el de injurias (art. 208), esto es, la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Es igualmente indiscutible, además de inferirse de la propia descripción típica, que el honor (al igual que la integridad moral), no sólo goza de reconocimiento constitucional sino que tiene un estrecho vínculo con la dignidad de la persona. Igualmente, hemos visto que se trata de dos bienes jurídicos distintos con contenidos diferentes y plenamente individualizables. Así, mientras que la injuria viene caracterizada por el menoscabo de la fama o el atentado contra la propia estimación, el ámbito material del trato degradante (con independencia de ese vínculo común entre ambos que entraña la lesión de la dignidad de la persona) es distinto en tanto que éste implica la cosificación del titular del bien jurídico, es decir, cuando a la persona se la circunscribe o se la limita a una simple realidad física que supone la quiebra de un conjunto inescindible que es inherente a su condición de persona, como es lo físico y lo moral. Por lo tanto, parece que en los supuestos de acoso en el ámbito laboral, las lesiones al honor quedarían absorbidas en el delito de trato degradante (65).

Esta conclusión, la subsunción de las injurias en el delito de acoso en el ámbito laboral, es a la que expresamente llega de forma implícita la Sentencia del Juzgado Penal núm. 8 de Valencia, de 21 de abril de 2005 en la que se sustanciaban unos hechos en los que el acusado llamaba airadamente la atención a la querellante en presencia de sus compañeros, de los clientes del establecimiento donde trabajaba, además de espetarle públicamente que sus hijos harían mejor su trabajo que ella, calificándola de «inútil» además de proferirle frases soeces y despectivas. Expresiones que *prima facie* no pueden ser consideradas menos que de injuriosas y que –junto con el resto de los hechos proba-

---

(65) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., p. 272-273. Igualmente, REBOLLO VARGAS, R., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. I, ob. cit., p. 250. Cfr., de otra opinión, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. II, ob. cit., p. 202.

dos en la Sentencia—, le llevan a concluir al Tribunal que se trata de un delito contra la integridad moral sin que ello le lleve a contemplar la hipótesis de que tales expresiones injuriosas pudieran ser también consideradas merecedoras de sanción penal para castigarlas separadamente tal y como prevé la cláusula concursal del artículo 177. En definitiva, entiendo que los insultos, las descalificaciones, las, en suma, injurias directamente relacionadas con las situaciones de acoso en el ámbito laboral quedarán subsumidas por el tipo previsto en el nuevo párrafo del artículo 173.1 del Código Penal.

b) *Delitos contra la libertad: amenazas y coacciones*

Como ha puesto de relieve la doctrina, los delitos contra la libertad protegen la libertad individual —en este caso— del trabajador que puede ser objeto de cualquier género de amenazas o de coacciones; delitos, estos últimos, a los que la jurisprudencia ha derivado algunos de los supuestos de acoso en el ámbito laboral. Con carácter general se puede afirmar que mientras que en las amenazas se interfiere el proceso de toma de decisiones, en las coacciones se interrumpe o se impide la ejecución de las ya adoptadas. Con respecto a las amenazas infligidas al trabajador, no será frecuente que puedan subsumirse en el tipo básico del artículo 169 atendiendo a que el mal que se anuncia que se va a causar debe referirse a los delitos que allí se recogen, mientras que será o puede ser más frecuente la subsunción del comportamiento del sujeto activo en el tipo del artículo 171, esto es, la amenaza de un mal que no constituya delito (66).

Por otro lado, hemos tenido ocasión de comprobarlo en alguna de las sentencias que hemos traído a colación que uno de los tipos penales más recurrentes donde subsumir el delito de acoso en el ámbito laboral es el de coacciones, artículo 172, en particular a partir de la consideración que los tribunales le dispensan al concepto de violencia y, en ese caso, a la fórmula descrita en el tipo con respecto a su ejercicio: hacer lo que la ley no prohíbe o compeler a efectuar lo que no quiere. No es el momento ni el lugar de entrar en consideraciones acerca de la interpretación del concepto de violencia (67), lo cierto —como es de sobras co-

---

(66) CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)», ob. cit., p. 232; MORALES GARCÍA, O. — FERNÁNDEZ PALMA, R., «Estudio sobre la relevancia jurídico penal del *mobbing*», en *Iuris*, núm. 82, 2004, p. 25; MORALES GARCÍA, O., «*Mobbing*: ¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico?», ob. cit., p. 427 ss.

(67) Al respecto, CERVELLÓ DONDERIS, V., *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 125 ss; REBOLLO VARGAS, R., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. I, ob. cit., p. 221 ss.



nocido— es que el punto de partida extensivo con el que con frecuencia se aborda el concepto de violencia por la jurisprudencia además de por un importante sector doctrinal, depara que puedan subsumirse en el tipo algunos supuestos de acoso en el ámbito laboral. Una vez dicho lo anterior, permítaseme precisar que es cierto que los delitos que implican un atentado contra la libertad pueden revestir un atentado contra la integridad moral, pero igualmente y en sentido contrario son imaginables distintos supuestos de afecciones a la libertad que no impliquen necesariamente una afección grave a la integridad moral. Por otro lado, por lo que respecta al delito de amenazas, la primera consideración a tener en cuenta es que los bienes jurídicos protegidos en ambos preceptos son distintos por lo que éstas podrían considerarse además constitutivas de un trato degradante cuando se atacara también a la integridad moral del sujeto. Situación que debería de ser resuelta conforme a las reglas del concurso de delitos (68).

La reflexión en cuanto a la delimitación del delito de coacciones con respecto a los delitos de tratos degradantes ha de ir presidida por el mismo parámetro que en el caso anterior, es decir, los bienes jurídicos protegidos en ambos preceptos son distintos y sus respectivos desvalores pueden considerarse por separado, lo cual ocurrirá especialmente cuando la coacción sea independiente del menoscabo grave a la integridad moral. Por lo tanto, entiendo que la solución razonable a estos supuestos sería la del concurso entre ambos delitos y no, desde luego, la de la prevalencia —en todo caso— del delito de trato degradante so pretexto de que éste podría quedar sin contenido (69).

c) *Delitos contra los derechos de los trabajadores*

Entre los delitos contra los trabajadores el previsto en el artículo 311 es uno de los preceptos en los que pueden subsumirse algunos de los supuestos de acoso en el ámbito laboral. Es cierto que la imposición de determinadas condiciones laborales, mediante engaño o abuso de situación de necesidad que en sentido amplio perjudiquen o eliminen los derechos reconocidos a los trabajadores parece que se circunscribe a un círculo de sujetos activos determinados, que no son otros

---

(68) Entre otros, *vid.*, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular...», *ob. cit.*, p. 105-106. *Vid.*, igualmente, BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, *ob. cit.*, p. 113-114.

(69) RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular...», *ob. cit.*, p. 111. *Vid.*, en contra, DÍAZ PITA, M. M., «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y otros atentados contra la integridad moral», *ob. cit.*, p. 84.

que los empresarios con personal a su servicio, por lo que podrían quedar extramuros del tipo los supuestos de acoso en el ámbito laboral de carácter horizontal. No obstante, incluso manteniendo el carácter de delitos especiales no se puede descartar una interpretación que permita la incriminación de determinadas conductas de acoso en el ámbito laboral, ya sea a través de lo dispuesto en el artículo 31 o, incluso, mediante la cláusula de extensión de la responsabilidad prevista en el artículo 318 del Código Penal (70).

d) *Delitos contra la integridad moral. El primer párrafo del artículo 173 del Código Penal anterior a la reforma*

Hemos visto que el Proyecto de Reforma incorpora un segundo párrafo al artículo 173.1, en el que expresamente se tipifica el delito de acoso en el ámbito laboral, que supone una determinada opción político criminal distinta a proposiciones de ley anteriores en las que la iniciativa legislativa para tipificarlo se ubicaba bajo otra rúbrica distinta (71). La primera cuestión que se debe abordar es, precisamente, el alcance del delito previsto en el artículo 173 vigente y su interpretación en clave de bien jurídico. En este sentido, conviene recordar que el concepto de trato degradante que se desprende de la jurisprudencia constitucional se caracteriza por la vejación y por la humillación de la víctima (72). Sin embargo, el concepto de integridad moral como bien jurídico protegido no necesariamente debe concretarse en tales factores. Es cierto, que la integridad moral se relaciona con la integridad física y que, a la vez, ambas tendrían encaje en un concepto más amplio como sería el de inviolabilidad o integridad personal. Es la conexión de estos aspectos lo que conduce a la «inescindibilidad de la persona en sus dimensiones física e inmaterial», lo que implica que la persona sea titular de derechos. Así, se puede entender que se afecta a la integridad moral cuando a la persona se la cosifica, cuando se la trata como un objeto, es decir, cuando se la circunscribe a una pura realidad

---

(70) Ampliamente, *vid.*, MORALES GARCÍA, O., «*Mobbing*: ¿Un hecho penalmente relevante o un delito específico», *ob. cit.*, p. 412 ss. *Cfr.* de otra opinión, PÉREZ MACHÍO, Ana I., *Mobbing y Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 134; de la misma autora, «Concreción del concepto jurídico de ‘*mobbing*’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», *ob. cit.*, p. 46 ss. igualmente, Auto AP Barcelona, 17 septiembre de 2004.

(71) *Supra* nota 5.

(72) Ampliamente, *vid.*, BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral, passim*; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario público, passim*; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. II, Valencia, 2004, *passim*.

física que se instrumentaliza, quebrándose con ello un conjunto inescindible que le es inherente a su condición de persona, como es lo físico y lo moral; ese tratamiento como un objeto sin voluntad es lo que caracteriza la relación de la integridad moral con la integridad física, «pero ello no significa que el atentado a la integridad moral requiera una intervención directa (o agresiva) sobre la integridad física –en el sentido penal– como requisito esencial», sin perjuicio, claro está, que tales intervenciones puedan ser constitutivas de lesionar otros bienes jurídicos o, incluso, de la salud psíquica (73).

El trato degradante supone una intervención aprehensible sobre la persona incluso aunque aquélla no suponga una agresión material a la propia integridad física siempre que el titular del bien jurídico no consienta tal intervención, sin que ello –insisto– implique necesariamente la imposibilidad de que tales intervenciones puedan suponer la lesión de otros bienes jurídicos (como podría ser el caso de la integridad psíquica). Se trata de negarle al sujeto su propia condición de persona y convertirlo en un simple objeto; en suma, cuando se le cosifica y el titular del bien jurídico queda sometido a la voluntad de un tercero. Por lo tanto, si la nota esencial del trato degradante es la provocación de sentimientos de humillación, de degradación de la persona, de envilecimiento, de cosificación de la víctima, situaciones que tienen lugar por la especial relación que une a la víctima con el sujeto activo, que no se limitan a un ámbito concreto sino que son extensivas a cualquier situación imaginable, parece que no hay duda de que (ya fuere porque los supuestos de acoso en el ámbito laboral pueden subsumirse en las características típicas anteriores, como que el bien jurídico lesionado como consecuencia de ese comportamiento no es otro que la integridad moral), no es necesario que se haya previsto un tipo penal específico para integrar en él comportamientos que eran perfectamente subsumibles en la redacción inicial del artículo 173.1 (74).

---

(73) GARCÍA ARÁN, M., «La protección penal de la integridad moral», ob. cit., p. 1256. En el mismo sentido, *Vid.*, RODRÍGUEZ MESA, M. J., «El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico...», ob. cit., p. 106 ss., quien tras analizar la entonces escasa jurisprudencia penal sobre estos delitos, en particular sobre el artículo 173, concluye que los supuestos estudiados presentan como nota característica «la rebaja o degradación de la víctima, por el trato que se le inflige o la situación que se le coloca, a una condición inferior a la que merece como persona».

(74) CARMONA SALGADO, C., «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, ob. cit., p. 234. Expresamente, *vid.*, PÉREZ MACHÍO, Ana I., *Mobbing y Derecho penal*, ob. cit., p. 148; de la misma autora, «Concreción del concepto jurídico de ‘mobbing’, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico penal», p. 53.

La consideración final a lo hasta ahora expuesto, acerca de los diferentes tipos del Código Penal en los que podrían subsumirse los delitos de acoso en el ámbito laboral, en atención a los elementos o a las circunstancias preponderantes en cada caso, no es otra que la de enfatizar en que la previsión introducida en el Proyecto de Reforma de Código Penal es superflua. Lo adelantaba al inicio de estas páginas y una vez revisados los elementos básicos de la nueva tipología, así como los tipos penales en los que eventualmente pudieran subsumirse tales conductas, me parece –insisto–, que la nueva previsión es innecesaria.

Con lo anterior no pretendo afirmar, entiéndaseme, que las situaciones de acoso en el ámbito laboral o *mobbing* son conductas penalmente irrelevantes ni, desde luego, que son jurídicamente intrascendentes, aunque sí quisiera hacer algunas consideraciones a ese respecto. La primera de ellas es que el Derecho penal debe de enmarcarse en un contexto político criminal, que no puede estar presidido por un receptivo inflacionismo normativo ante fervores punitivistas que se erigen como única y excluyente vía para dar respuesta a determinados problemas. En segundo lugar, en la misma línea que la anterior, no resulta lógico atender al Derecho penal cuando existen otros sectores del ordenamiento jurídico –ya sean en sede jurisdiccional o administrativa–, que prevén los mecanismos sancionadores y/o de tutela para dar respuesta al acoso en el ámbito laboral. Y, finalmente, reafirmar la concurrencia de distintos tipos penales que pueden resultar aplicables para sancionar las situaciones más graves de *mobbing*, en particular el actual artículo 173 del Código Penal; en cualquier caso, me parece ilógica la permanente apelación desde distintos sectores a la tipificación expresa del delito de acoso en el ámbito laboral alegando una ficticia anomia normativa cuando tales supuestos son subsumibles en el Código Penal vigente. No sólo ello, sino que desde un voluntarismo exacerbado se ha tipificado un comportamiento que era penalmente relevante para dotar al nuevo precepto de un contenido típico que hace incierta la criminalización de actos cuya trascendencia punitiva hasta ahora no se ponía en duda.

# La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995 (1)

INMA VALEIJE ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

*En un orden nuevo igualitario, como el surgido tras la Revolución Francesa, cualquier limitación de la capacidad jurídica no solo debe ser excepcional, sino que debe ser racionalmente justificada.*

J. BENTHAM: Teoría de las penas y las recompensas.

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Las penas accesorias en el Código Penal de 1995.-3. Las penas accesorias en la Reforma del Código Penal por Ley Orgánica 15/2003.-4. ¿Qué son las penas accesorias?.-5. Principios rectores de las penas accesorias y sus excepciones.-6. Algunos aspectos críticos de las penas accesorias.-7. Funciones de las penas accesorias.-8. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La falta de debate sobre la existencia de las penas accesorias denota una ausencia de perplejidad sobre la legitimidad de las mismas y la aceptación de una tradición histórica enraizada en nuestro Código Penal que nunca se deseó poner en discusión.

Durante las últimas reformas del Código Penal de 1995 asistimos impertérritos a un crecimiento de su importancia y legitimidad. Sus

---

(1) Los fondos bibliográficos consultados han sido adquiridos gracias al Proyecto de investigación «Dereito sanitario: converxencia de responsabilidade médico-sanitaria no marco da Unión Europea. Aspectos penais». Xunta de Galicia (PIDIT05CSO20202PR).

sucesivas reformas además de mantener la tradicional clasificación de penas principales y penas accesorias, añaden contenidos a estas últimas. Pero en mi opinión desaprovechando la ocasión para revisar los mecanismos que presiden la imposición de este tipo de penas. Porque intuyo que se desconocen. De ahí la aceptación, en parte generalizada, de su protagonismo en el Código Penal de 1995.

Sea como fuere se trata de unas consecuencias jurídicas que actualmente no responden a una política criminal unitaria y carecen de coherencia sistemática. En la misma Sección 5.<sup>a</sup> se contemplan conjuntamente con penas accesorias históricamente ligadas a la infamia de la legislación medieval (arts. 55 y 56 del CP) otras penas que acogen planteamientos político criminales de la más rabiosa actualidad, como las prohibiciones de no aproximación, no comunicación o acercamiento (art. 57.1 en relación al art. 48 del CP) (2). El acomodo de estas últimas en el arsenal de las penas accesorias a primera vista pudiera parecer justificado por las dudas suscitadas en torno a su auténtica naturaleza (sanción penal o medida de seguridad) (3) más que por su proximidad con las accesorias tradicionales. De este modo, la Sección 5.<sup>a</sup> relativa a las penas accesorias vendría a desempeñar una especie de cajón de sastre donde se van a alojar sanciones que no se tiene muy claro a que grupo pertenecen si a las penas o a las medidas de seguridad a los efectos de aplicar un régimen jurídico uniforme.

---

(2) La selección de ciertas medidas no privativas de libertad, entre las que personalmente incluiría la prohibición de acercamiento (*exclusion order*) responde a una nueva corriente de pensamiento criminológico moderno propugnado entre otros por Clarke en Inglaterra y Felson en USA. Se conoce como *las teorías de actividad cotidiana*. Brevemente, pueden describirse como un intento de formular una prevención especial con propuestas eficaces, tangibles y económicamente asumibles. Estas propuestas se basan en que en todo delito requiere para su comisión de tres factores que se combinan sabiamente: el delincuente, el objeto deseado y la ausencia de vigilante. El más eficaz del sistema preventivo es aquel que procura que el delincuente y el objeto ilícitamente deseado no entren en contacto y cuando esto suceda el objeto se encuentre debidamente protegido por el vigilante para impedirlo (control telemático). Más ampliamente, *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. (4.<sup>a</sup> ed) Madrid 2005, pp. 326 y 327.

(3) Recogida en el artículo 67 del CP de 1973/ Reforma de 1944. Sobre la naturaleza de «la prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito» contemplado en el artículo 67 reiteradas pronunciamientos de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (*vid.* por todos la STS de 26 de septiembre de 1994, recurso 1632/1994) consideran que: «tiene la naturaleza de medida de seguridad y no de pena porque se impone en atención a la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente representa. La expresa exclusión de la culpabilidad de los fundamentos que legitiman su imposición y su ausencia del catálogo de penas previsto en los artículos 27, 30 y 70 del CP demuestran inequívocamente que el legislador no ha querido imponer una pena sino una medida de seguridad». Un estudio más detenido puede apreciarse en la STS de 5 de diciembre de 1995. Y respecto a su naturaleza como pena accesoria, la STS de 23 de febrero de 1999.

Una segunda razón no explicitada por el legislador también podría ser que, con el cambio de localización que han experimentado algunas de las prohibiciones descritas en el artículo 57 se pretenda orillar el reactivado debate doctrinal que considera la necesidad de superar el arraigado sistema vicarial de medidas de seguridad para inimputables y semimputables y ve en la potenciación de un Derecho penal de la peligrosidad y en el fomento de las medidas de seguridad para imputables una seria alternativa al continuo incremento de penas propio de la expansión securitaria. Alojando determinadas prohibiciones entre las accesorias el binomio pena/medida permanece inalterable. Sirva de ejemplo, la reforma experimentada por el artículo 57 del CP, el cual ofrece bajo la denominación de una pena accesoria la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el artículo 48 por un período de diez años más allá de la fecha de la duración de la pena privativa impuesta en la sentencia. Se trata materialmente de una renovada acumulación de pena y medida frente al consolidado sistema vicarial, abriendo paso a la posibilidad de imponer, desde el punto de vista material, medidas de seguridad post-penitenciarias permanentes o de larga duración tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad (4). Por cuanto, para algunos autores este tipo de medidas tiene una clara finalidad inocuizadora (5).

A primera vista, el único rasgo común que comparten las nuevas penas accesorias con las inhabilitaciones tradicionales recogidas en la misma Sección 5.<sup>a</sup> es el carácter forzoso e imperativo que desde aquel momento presidirá la imposición de la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2, particularidad que la aproxima a aquella clase de penas, por cuanto el carácter preceptivo de su imposición es la característica más sobresaliente de las penas accesorias. No obstante, ante la absoluta falta de uniformidad entre las distintas modalidades recogidas en la Sección 5.<sup>a</sup> la doctrina y la jurisprudencia terminó calificando a las prohibiciones del artículo 57 como «accesorias impropias» en oposición a las descritas en los artículos 55 y 56 a las que califica de «accesorias propias». Pero el cambio de denominación, no excusa sino que demanda la explicación de por qué se convirtieron en accesorias.

Como decíamos anteriormente, las reformas introducidas bajo el epígrafe de penas accesorias son especialmente severas desde el punto

---

(4) Vid. en este sentido Díez RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana un debate desenfocado» en Derecho penal y Política Transnacional (Bacigalupo Silvina y Cancio Meliá Coordinadores). Atelier. Madrid p. 272.

(5) SILVA SÁNCHEZ, FELIP SABORIT, ROBES PLANAS, PASTOR MUÑOZ: «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futuro» en Agra Domínguez, García Amado Hebberecht, Recasens, eds. La seguridad de la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier 2003, p. 125.



de vista punitivo. Dejando para más adelante algunas precisiones sobre el artículo 57 relativo a las prohibiciones del artículo 48, detengámonos sólo en el artículo 56 que obliga a imponer conjuntamente con las penas privativas de libertad inferiores a 10 años alguna de las inhabilitaciones allí descritas. De no hallar la relación reclamada por el precepto en cuestión entre el delito y el derecho inhabilitado los jueces y tribunales acuden a imponer residualmente la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo. Hasta el punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el artículo 56 del CP, que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en aquel sentido por la parte acusadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio (6). En el supuesto de que el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también es preceptiva la pena accesoria de suspensión de empleo o cargo público y ello con independencia de que el bien jurídico lesionado por el delito cometido guarden relación directa con aquel cargo o función (7).

Por otra parte, el artículo 56 del CP no discrimina el umbral mínimo de pena a partir del cual aquella sanción debe aplicarse, tampoco si el delito en cuestión es doloso o imprudente. En consecuencia, podemos encontrar supuestos de condenas a tres meses de prisión y sistemáticamente como accesoria la inhabilitación especial para ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena (cuyos efectos impeditivos se extienden hasta la cancelación de antecedentes penales), o en el peor de los casos con una suspensión de cargo o empleo público. Dada la inexistente relación entre la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo con el delito cometido es perfectamente posible que un condenado por una alcoholemia o por una negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (arts. 379 y 380 del CP) no pueda presentarse a las elecciones municipales de su Ayuntamiento o para la elección de otros cargos públicos decididos por el mecanismo de votación o elección (8). Siempre se podrá alegar

---

(6) La Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal

(7) Muy expresiva la STS de 3 de febrero del 2003; ponente Conde Pumpido: «En estos casos es legalmente preceptiva... pues el criterio contrario conduciría al absurdo al determinar a un Alcalde, por ejemplo, seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de un delito no directamente relacionado con su cargo no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena».

(8) *Vid.* STC 1992/7 del 16 de enero: Recurso de amparo interpuesto por Diputado del Partido Popular de la Asamblea Regional de Cantabria contra la resolución

que dada la cuantía de la pena atraerá la mayor parte de las veces los beneficios de la suspensión condicional de la pena. Pero no existe unanimidad de criterios sobre si este beneficio puede extenderse a los supuestos comentados, ya que como veremos en su momento ni la literalidad del precepto (art. 82 «podrán dejar en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad») (9) y sobre todo ni la finalidad misma de las penas en estudio –en la medida que no persiguen ni la reeducación ni la resocialización– abona la suspensión de la pena accesoria, por más que existan voces autorizadas que defiendan esta posibilidad alegando que la suerte de la pena accesoria está estrechamente ligada a la de la pena principal (10). Por otra parte, la introducción por la LO 15/2003 del ordinal 136.3 del CP (plazo de cancelación de los antecedentes penales) eliminando el sistema específico de anotación de los antecedentes previsto en caso de suspensión, menos gravoso que el referido a las penas de cumplimiento efectivo, permite la supervivencia de los efectos penales ligados a las penas accesorias hasta el día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena, si no se hubiera optado por el beneficio de la suspensión condicional.

El hecho de que la pena mínima de prisión se sitúe en tres meses y esta clase de penas sea de aplicación automática para todas aquellas no superiores a diez años conculca determinados principios constitucionales que rigen la previsión e imposición de penas en el Código Penal es-

---

del presidente de la referida Asamblea, por la que se dio cuenta a la Junta electoral de que el recurrente había perdido la condición de Diputado como consecuencia de haber sido condenado por sentencia firme por la Audiencia Provincial de Huesca por un delito contra la libertad y seguridad del trabajo a la pena accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio por periodo de un mes y un día, que implicaba la imposibilidad de cumplir sin interrupción la función representativa.

(9) El artículo 97 del derogado Código Penal de 1973 establecía que la condena condicional no será extensible a las penas de suspensión del derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público. Si éstas figuran como accesoria ni alcanzaran a las responsabilidades civiles. Este precepto no ha tenido acceso al Código Penal de 1995.

(10) Al abordar la cuestión la doctrina ha centrado su atención en la posibilidad de suspender las penas accesorias poniendo especial atención en la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio. En este sentido, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, «La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio o de profesión u oficio» en *Actuallidad penal*, número 39, 1999, pp. 751 y 759; DE VICENTE REMESAL, J.: «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre 2000, número 12, pp. 27 a 32. También GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias» en *La Ley* 2004-05, pp. 1274 ss. La jurisprudencia parece negar dicha posibilidad de suspender las penas accesorias *vid.* STC 209/93 de 28 de junio y Circular de la Fiscalía 1/2005 sobre aplicación de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre.

pañol. Como punto de partida el empleo indiscriminado de esta clase de penas en relación a delitos de diversa y diferente gravedad está en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena en relación al delito cometido. Se puede observar que los efectos penales representados por este tipo de penas accesorias, ya no sólo desde el punto de vista de la conminación penal abstracta, sino desde un punto de vista de su imposición al caso concreto no parecen adecuados, ni proporcionales desde el momento que siendo de aplicación indiscriminada pueden referirse a delitos muy diversos. Emblemática una vez más, es la disciplina prevista para la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena fijada para todos los delitos castigados con la pena de prisión inferior a diez años, en consecuencia todos los delitos cuyo marco penal se sitúa entre 3 meses y 10 años. O la Inhabilitación absoluta que acompaña a las penas privativas de libertad de duración superior a 10 años hasta 40 años (límite máximo de cumplimiento de una pena privativa de libertad). En estos casos distintos niveles de pena privativa de libertad que traducen en términos numéricos la diversa gravedad del delito reclaman desde el punto de vista de la accesoriedad la aplicación de consecuencias penales idénticas. Se equipara *quod poenanan* situaciones ontológicamente diversas desde el punto de vista del bien jurídico (por ejemplo un delito de tráfico de drogas agravado puede llevar una pena de inhabilitación absoluta como pena accesoria exactamente igual que la prevista para el juez que haya prevaricado en contra del reo o el condenado por un delito de terrorismo, o el que haya cometido un delito de asesinato). El juez o tribunal individualiza primero las penas privativas de libertad y después las iguala dentro de una determinada franja con la aplicación de idénticas accesorias.

Lo apuntado hasta el momento sólo es una pequeña muestra de la infinidad de cuestiones que suscita el estudio de la accesoriedad. Por cuanto se ha dicho, ya se adivina que su tratamiento conlleva innumerables incógnitas en orden a su naturaleza y fundamento. Pero también existen opiniones dispares sobre su permanencia en el Código Penal de 1995: mientras unos autores las ven como un residuo histórico digno de supresión, otros ven en su transformación y en la potenciación de su vertiente preventivo especial un instrumento del derecho sancionador moderno.

## 2. LAS PENAS ACCESORIAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Para penetrar en la insondable naturaleza y fundamento de las penas accesorias sería aconsejable hacer un análisis retrospectivo desde su aparición en el Código Penal de 1948, momento en el que por pri-

mera vez son formuladas en nuestro Código Penal de un modo semejante –que no idéntico– a como hoy las conocemos. Obviamente, semejante pretensión excedería de las finalidades de este trabajo por lo que obligadamente me ceñiré a comentar las reformas más destacadas de cuantas introduce en el sistema penal español el Código Penal de 1995 tanto por su novedosa configuración como por su trascendencia político-criminal en el sistema de la accesoriedad.

Es en el libro I, título III, capítulo I titulado «De las penas, sus clases y efectos», en la sección I en las de las penas y sus clases donde encontramos las primeras referencias a las penas accesorias. El artículo 32 dice que: «las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código bien con carácter principal, bien como accesorias son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa».

El artículo distingue las penas además en función de su naturaleza, por su posición funcional en tanto se impongan como principales establecidas directamente en razón del delito –o como accesorias– que se aplican al delito en razón de haberse impuesto otra pena principal que la conlleva.

En el artículo 33 en su apartado sexto se hace alusión a su duración «las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal». Se hace referencia a su duración abstracta que depende de la pena principal impuesta pero, sin establecer cuáles de las enumeradas en los apartados anteriores pueden tener dicho carácter, cuestión que se resuelve en la sección 5.<sup>a</sup> del capítulo I. Esta declaración de dependencia apunta a que la imposición de una pena accesoria puede envolver en algunos casos una quiebra de los plazos de duración previsto para esa concreta clase de pena en el artículo 33 del CP. Igualmente, que los marcos establecidos en el artículo 33 quedan restringidos a las penas principales, de ahí la existencia separada del párrafo sexto (11).

Por su importancia en relación al tema que nos ocupa merece una mención específica las reformas operadas en las penas privativas de derechos: el Código Penal de 1995 además de acometer una importante simplificación en materia de penas privativas de libertad y abrir las posibilidades de su sustitución también reforma las penas privativas de derechos. Los cambios más llamativos son la creación de un precepto inédito: el artículo 39 del CP donde se contempla con afán de exhaustividad el catálogo de penas privativas de derechos.

Dentro de este catálogo, algunas penas son de nueva creación como por ejemplo la privación de la tenencia y porte de armas, la pri-

---

(11) Vid. VALLDECABRES ORTIZ, I, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I (arts.1 a 235) Tomás Vives Antón coordinador. Valencia 1996, p. 353.

vacación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, los trabajos en beneficio de la comunidad. Por su parte algunas inhabilitaciones especiales enriquecen su contenido –para industria, comercio, derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela, otros derechos–. Desaparecen las penas de suspensión para el derecho de sufragio activo, la caución, el extrañamiento, el confinamiento y la pérdida de la nacionalidad española.

Las penas accesorias aparecen contempladas en la Sección 5.<sup>a</sup> y son también objeto de una importante modificación (arts. 54, 55 y 56 del CP).

En el artículo 54 se recoge la declaración general de que las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo. La definición en parte coincide con la contemplada en el derogado artículo 29, réplica exacta del artículo 25 del CP de 1848. Si bien –y esto es importante– en aquel se hacía mención única y exclusivamente a «la inhabilitación –se refiere a la absoluta–, suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio», mientras que en su homólogo artículo 54 se refiere genéricamente a «inhabilitaciones». Una primera explicación de este inadvertido pero importante cambio es que enriquecido el alcance de las inhabilitaciones descritas en el artículo 39 del CP (extendiéndolas a industria, comercio, otro derecho), correlativamente, el legislador se vio compelido a realizar el mismo esfuerzo con las penas accesorias y a dotarlas del mismo contenido, en el convencimiento de que independientemente de cuál sea la posición funcional de las inhabilitaciones especiales su cometido es siempre idéntico: para el legislador es su eficacia preventivo especial. Lo cierto es que esta armonización de contenidos de las inhabilitaciones especiales en el ámbito de las accesorias y en el de las penas principales, contribuye a fraccionar por primera vez la unidad interna a la que históricamente había respondido la aplicación de penas accesorias.

En el artículo 55 se declara que la pena igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta añadiendo la coletilla «salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate». En términos comparativos la legislación que se comenta supone una rebaja del umbral de aplicación de la inhabilitación absoluta pues en el Código Penal derogado sólo estaba prevista para la reclusión mayor cuya cuantía mínima era de veinte años.

A primera vista resulta coherente la mención del artículo 55 del CP excluyendo de la obligatoria accesoriedad de la inhabilitación absoluta aquellos casos en que estuviere prevista en la Parte especial como pena principal concurrente con la prisión. Si está prevista como pena

principal es porque el legislador ha efectuado una valoración específica del hecho en punto a tal consecuencia, valoración que no debería quedar alterada por la cláusula genérica del artículo 55 del CP. No obstante, este desplazamiento ha sido cuestionado por la doctrina demostrando que no faltan supuestos que contradigan el criterio valorativo expresado por el legislador. Al respecto García Albero propone el siguiente ejemplo: en el caso de detención ilegal practicada por funcionario público sin mediar causa por delito cuando concorra el tipo agravado del artículo 164 –detención superior a quince días– la pena de inhabilitación absoluta prevista para el mismo –ocho a doce años (art. 167 del CP)– resulta paradójicamente más benévola que si se tratará de un particular –de diez a quince– cuando es notorio que el legislador ha pretendido agravar las conductas realizadas por tales sujetos prevaliéndose de la situación. Pero con el nuevo régimen no es posible acudir a una aplicación alternativa de la pena de inhabilitación más grave (12). La apreciación de la doctrina es acertada desde el punto de vista formal, pero queda sin resolver la incógnita de por qué se le impone al particular la pena accesoria de inhabilitación absoluta, si con su actuación no ha lesionado o puesto en peligro ningún bien jurídico que pueda guardar relación con la función pública, lo que si sucede, al menos desde una perspectiva abstracta, cuando la detención la protagonizan funcionarios públicos excediéndose de sus funciones del cargo o prevaliéndose de las mismas.

Dejando para más adelante la respuesta al interrogante, es oportuno traer a colación un viejo ejemplo que algunos juristas alemanes de la época de Weimar, muy críticos con la existencia de penas accesorias proponían para la reflexión sobre sus injustas consecuencias: «Tomemos por caso dos personas que conjuntamente realicen un delito: uno tiene la condición de funcionario público y el otro trabaja en una fábrica. El juez declara la culpabilidad de ambos y pronuncia idénticas penas privativas de libertad que llevan aparejada como pena accesoria la inhabilitación absoluta. Por efecto de las consecuencias infamantes de la inhabilitación absoluta, el funcionario pierde empleo y la dignidad inherente al mismo, el obrero que desempeña sus actividades en el ámbito privado no podrá presentarse a las próximas elecciones. El primero es destruido en su esencia y el otro no sufre o apenas padece las consecuencias de las penas accesorias. Tenemos una pena aparentemente igual con contenido diverso. Este contenido no corresponde a

---

(12) GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (directores Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats coordinador). 4.ª ed. Navarra 2005, p. 400.

la culpabilidad, sino que está determinado por la eventualidad de la posesión de la condición de funcionario público». Concluyen que las inhabilitaciones no se pueden aplicar como penas accesorias; ya que como penas tienen efectos injustos y desiguales y lesionan nuestro sentido de la justicia (13).

Segunda reforma importante que sigue las sugerencias del Anteproyecto de Código Penal y del Proyecto de Código Penal de 1992, dice el artículo 56 que «en las penas de prisión hasta diez años, los Jueces y Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho si éstos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». La nueva redacción presenta importantes diferencias con la anterior, parece que debe imponerse preceptivamente pero si se dan las condiciones requeridas, vinculación o relación directa de la pena accesoria con el delito cometido y que el juez opte por una u otra pena privativa de derechos en función de la gravedad del delito. Esta contradicción será subsanada con la reforma del Código Penal al amparo de la Ley Orgánica 15/2003, por lo que será comentada en dicha sede.

Puede ser acertada la explicación que ve en el incremento de los contenidos de las inhabilitaciones especiales efectuada en el Código Penal de 1995 una reforma en la línea de lo que ya disponía el Código Penal de 1944/1973 el cual no sólo extendía expresamente la inhabilitación especial a las ocupaciones manuales y a las profesiones liberales, sino que incluía también al final la cláusula general «y las de cualquier otra clase», pero esta fórmula se recogía cuando aquellas funcionaban como principales y no se hacía mención a dichos contenidos cuando lo eran como accesorias. Como ya he adelantado anteriormente, el enriquecimiento de contenidos de las inhabilitaciones especiales (se inhabilita para industria, comercio, u otro derecho) en cuanto penas accesorias obedece a que el legislador quiso armonizarlos con los que eran propios de aquéllas en cuanto penas principales. Actitud errónea a mi modo de ver ya que los fundamentos a los que

---

(13) Vid. LIEPMAN, Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf» in *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, FET II; Hamburg 1921, citado por, LARIZZA SILVIA, *Le pene accessorie*. Padova, 1986, pp. 267 ss.



obedecen las inhabilitaciones especiales como penas accesorias son completamente diferentes a los que persiguen estas mismas penas cuando funcionan como principales. El incremento de sus contenidos es quizás una de las primeras actuaciones que contribuyen a romper la coherencia interna que hasta aquel momento presidía la inclusión de las accesorias en el Código Penal. Hasta la fecha la razón de ser de las penas accesorias no era más que el constituir una sanción que reforzando la pena privativa de libertad impedía a personas condenadas a aquellas penas el acceso de funciones o cargos públicos o el desempeño de determinadas profesiones colegiadas. Se trataba de un mecanismo para proteger la dignidad inherente a aquellas profesiones. El pensamiento principal que las dominaba era el no atenuar ni desvirtuar en cierto modo con el ejercicio de ciertos derechos la naturaleza y carácter de las penas principales a las que van unidas y el considerar a los sentenciados a dichas penas principales en una verdadera indignidad o al menos justísima incapacidad para ejercerlos honrosa y convenientemente» (14).

En consecuencia, determinadas penas privativas de derechos nacieron históricamente con un solo fin: castigo suplementario e imprimir una determinada marca de infamia en el autor del delito alejándolo de la esfera pública o del ejercicio de determinadas profesiones. La ampliación del alcance de las inhabilitaciones efectuada por primera vez con el nuevo Código Penal de 1995 (industria, comercio, otro derecho) estableciendo como presupuestos de aplicación la relación directa de la industria, comercio u oficio con el delito cometido implica dotarlas de una vertiente preventiva especial que hasta el momento era extraña a aquella clase de penas, pero que no recibe una adecuada traducción a nivel de disciplina positiva (15). La disciplina de estas inhabilitaciones especiales permaneciendo ligada a la función originaria de las penas interdictivas privilegia especialmente el aspecto infamante. Esta ruptura de la unidad sistemática planteará numerosos problemas de aplicación práctica.

---

(14) LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J. M., Apuntes de Derecho Penal o Breve Sumario de explicaciones, 1.ª Parte, Valencia, 1885.

(15) Por sólo citar un ejemplo, *vid.* el fallo condenatorio de la STS de 2 de marzo de 2004: «Se condena a la acusada Milagros como autora de un delito de lesiones ya definido, con la concurrencia de las agravantes de abuso de confianza y de alevosía, a la pena de dos años y seis meses de prisión; pena que sustituye a la impuesta por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2002. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de ésta relativos a la absolución de la procesada por un delito de tentativa de asesinato; *accesoria de inhabilitación especial como cuidadora de niños; responsabilidad civil; costas y otros*».

Tomemos por caso la mención que el artículo 56 hace «a la inhabilitación para cualquier otro derecho» en coherencia con lo dispuesto en el artículo 39 b). En aquel momento con esta referencia se abrió la polémica –todavía no cerrada– sobre si el artículo 56 contenía un catálogo abierto de penas accesorias en correspondencia con lo establecido en el artículo 39 b) del CP. O por contrario, contempla un cuadro cerrado de penas de inhabilitación especial en el sentido que la mención del artículo 56 sólo daría cobertura a las privaciones de derechos contempladas en la Parte especial en los artículos 262, 305.1, 308.3, y artículos 527 y 604 (hoy derogados).

Por aquel entonces, desde el punto de vista de su consideración como pena principal Mir Puig saludaba la introducción de esta modalidad de inhabilitación especial, si bien aconsejando su ubicación separada como pena autónoma. Otra doctrina, por el contrario discrepaba de su opinión y veían no pocos problemas en una pena cuya concreción o falta de tipificación legal estaba a un paso de vulnerar el principio de legalidad penal. En este sentido, Tamarit Sumalla considera esta pena como una suerte de pena en blanco, constituyendo una técnica legislativa incompatible con el principio de legalidad, en la dimensión relativa a la garantía penal *nulla poena sine lege* (16).

El problema que se plantea es si inhabilitaciones especiales para cualquier derecho son única y exclusivamente las concretadas en algunos artículos de la Parte especial, tesis seguida por la mayoría de los autores, y que sugiere expresamente Sánchez García (17) incluyendo las enumeradas en los artículos 262 (18), 305. 1, 308.3 (19),

---

(16) Así TAMARIT SUMILLA, J. M.<sup>a</sup>, *Comentarios al Nuevo Código Penal*. (Gonzalo Quintero Olivares y otros). 4.<sup>a</sup> ed. Pamplona 2005, p. 375; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2006, pp. 181 ss.; BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, A., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, p. 137. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los administradores y Altos directivos en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, núm. 13, marzo de 1997, pp. 282 a 284.

(17) *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., «El sistema de penas» (I) en *La Ley*, abril de 1996, núm. 4010, pág. 4.

(18) Delito de alteración de precios y subastas públicas: pena de inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales de tres a cinco años y si se trata de un concurso o subasta convocado por la Administración o Ente público se impondrá además del agente y a la persona por el representada, la pena de inhabilitación especial que comprenderá en todo caso, el derecho a contratar con las administraciones públicas por un período de tres a cinco años. (*Vid.* arts. 78 ss. de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia («BOE» núm. 170 de 18 de julio) y artículo 20 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(19) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

527 y 604 (20), o bien otros derechos no específicamente previstos en el Código Penal, pero que pueden recogerse en leyes penales especiales, o incluso pueden ser objeto de creación futura. Los partidarios de este último entendimiento, defienden que el elenco de inhabilitaciones que pueden entrar bajo aquella expresión no se agota en lo dispuesto en los artículos reseñados por Sánchez García. En consecuencia, la inhabilitación especial para cualquier otro derecho puede dar cobertura legal a privaciones no especificadas en los preceptos de la Parte especial, permitiendo cubrir muchas de las posibles lagunas que surgen de la redacción de estas penas.

Solamente Mapelli Caffarena se aventura a vincular exclusivamente la inhabilitación especial para cualquier otro derecho con la inhabilitación para profesión, oficio, industria y comercio. En su opinión, la nueva expresión permitiría zanjar una polémica relacionada con el Código Penal anterior sobre si era preciso o no aludir a otra clase de actividades, tales como las ocupaciones manuales, profesiones liberales o de otra clase, por lo que la palabra «derecho» equivaldría de sinónimo para referirse a «cualquier ocupación o actividad laboral» (21).

Pero en todo caso la polémica que acabo de reproducir se refería al alcance de aquella genérica expresión «cualquier otro derecho» en cuanto pena principal, y no se abordó si aquella expresión daba entrada a un catálogo abierto de penas accesorias. Esta problemática sólo se planteó en sede jurisdiccional y fue precisamente a si acogiendo a aquella expresión los jueces y tribunales podían imponer cuando no estuviera previsto en la Parte especial la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o la privación para el ejercicio de patria potestad. Con respecto a esta última pena el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo del 26 de mayo de 2000 establece que: «es posible su imposición como pena accesoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 56, pero su imposición no puede tener carácter automático, puesto que el automatismo aparece rechazado cuando el Código Penal la prevé con carácter expreso, luego con mayor razón cuando su imposición procede de forma accesoria a una pena privativa de libertad inferior a 10 años. En este sentido la STS 744/2003 de 21 de mayo. Por el contrario, la STS de 29 de noviembre de 2004 rechaza que el contenido de la expre-

---

(20) Se refiere al hoy derogado delito contra el deber de cumplimiento en la prestación social sustitutoria: Inhabilitación absoluta más incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo.

(21) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, op. cit., pp. 181 ss.

sión “cualquier otro derecho” incluya la inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad como pena accesoria. En el sentir del Tribunal cuando el Código ha querido imponerla la ha anudado a determinados delitos en su consideración de pena autónoma «de acuerdo con lo expuesto es patente e incontestable que si dentro de las penas principales de inhabilitación, en el artículo 45 se hace alusión a la inhabilitación “de cualquier otro derecho” no puede estar incluida en dicha expresión el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad que merece una consideración especial y diferente en el artículo siguiente. El artículo 45 podrá referirse a cualquier derecho que no sea de los previstos en el artículo 46 del CP». En consecuencia, para el Tribunal entre las penas accesorias del artículo 56 no se comprende la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad porque no está prevista esa pena de forma expresa en el Código para esa situación ni como principal o autónoma, ni como accesoria.

Por último, y también se trata de una reforma importante en el artículo 57 se introduce dentro del catálogo de penas accesorias: la pena de que el reo vuelva al lugar de la comisión del delito o de residencia de la víctima o de su familia. Esto es, se establece que los Jueces o Tribunales en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente presente podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda a aquél en que resida la víctima o sus familiares si fueran distintos, dentro del período de tiempo que señale el juez o tribunal según las circunstancias del caso sin que pueda exceder de cinco años.

Como ya hemos adelantado en líneas precedentes, se trata de un cambio en su ubicación sistemática que afectará profundamente al cuadro de penas accesorias. Como es sabido, esta pena estaba contemplada anteriormente en el artículo 67 del ACP y su naturaleza jurídica era discutida y mientras algunos autores la consideraban como una medida de seguridad para imputables, otros la calificaban como una modalidad de la pena de destierro [Mir Puig la denomina «modalidad de destierro de oscura naturaleza» (22)]. En el Código Penal de 1995 se

---

(22) MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general (2.<sup>a</sup> ed.), Barcelona, 1985, p. 647. En su opinión a favor de considerarla una medida de seguridad se hallaría: el hecho de que el artículo 67 es reproducción del artículo 106 del CP de 1928 en que expresamente se le atribuía aquella naturaleza (art. 90 del CP de 1928). Lo abonarían el carácter preventivo de la medida y la absoluta indeterminación, pero por otra parte se llega a que el artículo 67 se incluye entre las reglas para la aplicación de las

configura como una pena privativa de derechos de nuevo cuño en el artículo 39 f) y queda definida en el artículo 48 del CP.

En opinión de Valldecabres Ortiz, se trata de una pena que priva del ejercicio del derecho constitucional descrito en el artículo 19 de la CE. Su inclusión viene justificada por necesidades de tutela de la víctima. Todavía admite el cumplimiento simultáneo con la pena privativa de libertad. Esta inclusión rompe con la uniformidad que caracterizaba las penas accesorias ya que se trata de una pena de aplicación discrecional o facultativa que por sus especiales características:

a) Su imposición debe referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79) y,

b) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal, desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias, sino que tiene una duración máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo».

Para la mayor parte de la doctrina se trata de una pena principal valorada autónomamente en su duración y sin relación a la pena principal prevista en el correspondiente delito, pero que aparece recogida en este precepto en lugar de preverse como sería habitual en cada figura delictiva: esto no le confiere pese a su ubicación carácter accesorio. No obstante, incluida entre las mismas arrastrara los problemas de indefinición normativa de las penas accesorias tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como procesal: por ejemplo, en materia de principio acusatorio. Hasta aquel momento las penas accesorias no eran objeto de petición por parte del Fiscal o de la acusación privada o si lo eran se acudía en el escrito de acusación al empleo de una fórmula estereotipada («más las accesorias correspondientes»). La inclusión de la prohibición de acercamiento en el artículo 57 del CP tiene el efecto reflejo de dar un protagonismo hasta el momento desconocido al principio acusatorio en materia de accesoriedad.

---

penas y que el contenido fundamental de dicho precepto se corresponde con la de destierro. Ello permite considerar que estamos ante una modalidad de destierro con la ventaja que se seguiría para la seguridad jurídica de que su duración debería limitarse a la señalada para la misma pena en el artículo 30. Esta última es la cuestión decisiva pero como es dudoso que pueda resolverse por esta vía habría que señalar expresamente un límite al artículo 67 o como sugiere Casabó suprimirla. En el Proyecto de 1980 (art. 90) y en el Anteproyecto de 1983 (art. 102) se traslada el precepto al título destinado a las medidas de seguridad.

Por último, otra novedad importante del Código Penal de 1995 fue la regulación del comiso en el novedoso Título VI reservado a las consecuencias accesorias. Comiso que en los anteriores códigos fue considerado como pena accesoria, conectando con toda pena impuesta por un delito, con el intervalo del Código Penal de 1928 en que se concibió como una medida de seguridad (23).

### 3. LAS PENAS ACCESORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 15/2003

Las penas accesorias resultan modificadas por la LO 15/2003. Y ello en los siguientes aspectos:

a) Reforma del párrafo 6 del artículo 33 que en materia de duración de penas accesorias declara que la duración de tales penas sigue a la principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código. Contrariamente a lo opinado por algunos autores no se asiste a una corrección menor. Al contrario, nuevamente se rompe con la subordinación respecto a la pena principal que caracterizaba hasta ese momento a las penas accesorias. Un sector mayoritario de la doctrina opina que la novedosa redacción pretende salvaguardar el régimen excepcional que caracteriza a la pena de alejamiento cuando concurra con la pena de prisión en los casos del artículo 57 del CP o en aquellos supuestos de la Parte especial como lo previsto en el artículo 579 en relación con los delitos de terrorismo de los artículos 571 a 578 del CP que resultan castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia condenatoria. Atendida la gravedad de las penas por delitos de terrorismo, y el preceptivo plazo de tiempo para la cancelación de antecedentes penales no faltarán supuestos en los que esta pena difícilmente podrá ser objeto de rehabilitación, por lo que estamos por la vía de facto ante una condena perpetua (24).

---

(23) Sobre evolución histórica del comiso en el Derecho penal español. *Vid.* Cerezo Domínguez, Ana Isabel: *Análisis jurídico penal de la figura del comiso*, Editorial Comarés, Granada, 2004, pp. 17 a 21.

(24) *Vid.* artículo 579 del CP las penas de inhabilitación empiezan a imponerse bien con una duración superior a la pena privativa de libertad (de considerarse que no son de cumplimiento simultáneo). Ya la ley LO 7/2000 de 22 de diciembre de modificación de la Ley LO 10/1995 y de la Ley 5/2000 reguladora de la Responsabilidad de menores en relación con los delitos de terrorismo ha reunido en un solo precepto las

b) Esta vez se recoge entre las penas de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho la relativa a otras actividades determinadas en este Código (*vid.* art. 39). No aparece reflejada tal ampliación en el artículo 45 del CP que no ha sido reformado como hubiera sido lógico y se limita a hacer mención a la inhabilitación de «cualquier otro derecho» sin añadir ninguna especificación adicional. Para García Albero esta reforma obedece a la finalidad de ampliar el abanico de las inhabilitaciones a la «realización de actividades» que no suponen *strictu sensu* la privación de derecho alguno, sino tan sólo limitaciones concretas a la genérica libertad de obrar. En todo caso, trata de dar cobertura en la Parte general del Código a las previsiones contenidas en la Parte especial de algunas de estas restricciones anudadas a la comisión de delitos específicos, así por ejemplo la pena de prohibición de acudir a eventos o espectáculos en el tipo agravado de desórdenes públicos del artículo 557.2 del CP.

Como se señaló en líneas precedentes el catálogo de penas accesorias previstas en el artículo 56 resulta de más amplitud que el previsto en el artículo 47 del CP 1973, precepto que contemplaba exclusivamente la suspensión de cargo o empleo público, profesión, oficio y derecho de sufragio. Frente al carácter imperativo de la imposición de tales accesorias en el mencionado artículo, el artículo 56 en su versión original suscitó diversos interrogantes, pues a priori parecía condicionar la imposición de cualquiera de las penas enumeradas a dos parámetros la gravedad del delito y la vinculación entre el derecho suspendido o privado por la concreta pena y el delito cometido. Sólo si el derecho afectado por la pena ha tenido relación directa con el delito podía imponerse la accesoria corres-

---

previsiones de los artículos 578 y 579 del redactado original añadiendo un punto 2 relativo a la imposición de la pena de inhabilitación absoluta. Se trata de una previsión de nuevo cuño que anuda a las otras penas que pueda imponerse la pena de inhabilitación. Cabe destacar que la duración de la pena es por un tiempo superior en un mínimo de seis y un máximo de 20 años a la pena privativa de libertad, de ahí que si la pena de inhabilitación tiene que ser superior a la pena privativa de libertad impuesta, en caso de penas graves como puede ser el supuesto de terrorismo como consecuencia de la aplicación de esta regla podrían darse supuestos en los cuales la misma regla general del artículo 40 del CP (plantea dudas sobre su constitucionalidad). García Arán la califica como una pena accesoria excepcional dentro del régimen de penas accesorias puesto que impone una duración superior a la de la pena principal debiendo ser ésta privativa de libertad. Los criterios que apunta el texto para la adopción de la decisión (gravedad del delito, número de los cometidos y circunstancias que concurran en el delincuente) son sólo criterios de determinación de la pena utilizables para establecer la duración concreta de la misma pues su imposición es obligatoria (en *Comentarios al Código Penal. Parte especial* / Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (directores). Tomo II, Madrid 2004, p. 2.632).



pondiente. No obstante, el TS en doctrina reiterada ha venido entendiendo que dicho requisito se refiere sólo y exclusivamente a la pena accesoria de inhabilitación especial para cargo público, empleo, profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, pues así se deduciría en primer lugar de la interpretación gramatical de la expresión «estos» supuestamente ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación a que se refiere el artículo. En consecuencia, las penas de suspensión y de empleo o cargo público y privación del derecho de sufragio eran de imposición generalizada en las sentencias que contengan una pena de prisión de hasta diez años. En apoyo de la tesis se hizo la observación que sólo en los artículos 42 y 45 del CP, que no en el resto, exigen su concreta concreción y motivación de los derechos afectados. La misma jurisprudencia suele añadir que con arreglo a los precedentes legislativos y jurisprudenciales tal vinculación se enlaza al artículo 41.2 del CP de 1973 referido única y exclusivamente a la profesión u oficio objeto de la inhabilitación. Se añade, por último, que sería absurdo no privar al penado de tales derechos durante el tiempo de la condena al resultar notoriamente incompatibles con la pena de prisión impuesta. En consecuencia, aunque el artículo 56 en su versión original decía que por los tribunales o jueces se impondrán atendiendo a la gravedad del delito algunas de las penas accesorias, la praxis jurisprudencial era que si existía vinculación entre el derecho privado y el delito cometido resultaba preceptiva la imposición de la inhabilitación especial en alguna de sus modalidades y tanto si existe como si no, preceptiva la suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación del sufragio pasivo. En esta línea se situaba la Consulta a la Fiscalía General del Estado de 2/2000 de 14 de diciembre al responder a determinadas cuestiones que se suscitan a la hora de interpretar y aplicar el artículo 56 del CP.

El legislador de 2003 pretende zanjar esta polémica. Conforme a la nueva redacción los ordinales primero y segundo del apartado primero advierten de la necesidad de desvincular la imposición de tales penas con la naturaleza del hecho cometido. Sólo las inhabilitaciones del ordinal tercero exigen ahora inequívocamente tal vinculación. En estas coordenadas no se prescinde de la gravedad del delito. El juez o tribunal podrá decidir discrecionalmente la imposición de una sola pena accesoria, la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo o incluso las tres –caso de que concurra la conexión con el ordinal tercero–. En todo caso, el juez está obligado a imponer alguna pena accesoria quedando a su motivada discrecionalidad la elección de la clase y el número de medidas a imponer. En la práctica, cuando se trate de funcionarios públicos, por principio puede imponerse una pena de suspensión, aunque no revista conexión alguna con el cargo (basta con la

condición subjetiva) pues de lo contrario ya procedería la inhabilitación especial y lo que, resulta más criticable sin que sea necesario considerar la gravedad del hecho.

c) Subsiste la mención inhabilitación especial para otro derecho en los artículos 39, 45 y 56 del CP.

d) Por último, también se realizan ajustes en las penas privativas de derechos que afectarán nuevamente al tradicional catálogo de penas accesorias. Las penas privativas de derechos que se dicen enderezadas a la salvaguarda de la víctima se ven modificadas en algunos aspectos importantes: se lleva a la escala del artículo 33 de forma separada las penas de prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la pena de prohibición de aproximarse a la víctima y a aquellos de sus familiares que el juez o tribunal determine y la pena de prohibición de comunicarse por cualquier medio con tales personas. El artículo 33 lo mismo que el artículo 39 se adecuan mejor a lo previsto en el artículo 48 conforme a la LO14/1999 de 4 de junio que fue la que introdujo tales penas como penas distintas.

A su vez estas penas también se convertirán en accesorias según lo dispuesto en el artículo 57. Son las llamadas –en opinión de la doctrina y la jurisprudencia– accesorias impropias. Pero el nuevo artículo 57 regula una compleja relación de accesoriedad. Veámoslo detalladamente:

En el artículo 57.1 del CP la accesoriedad se hace depender no de una pena principal sino de la comisión de ciertos delitos dependiendo de la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente. En este caso los jueces o tribunales podrían acordar en sus sentencias, la imposición de una o varias prohibiciones contempladas en el artículo 48 del CP por un tiempo que no excede de diez años si el delito es grave y cinco años si el delito es menos grave. Esta pena es accesoria sólo a determinadas categorías delictivas pero es indiferente la clase de pena impuesta: por lo que las prohibiciones del artículo 48 se pueden imponer con toda clase de penas e incluso no hay inconveniente en que el órgano judicial imponga la aplicación dual –como pena y medida de seguridad–. El artículo 57.3 del CP establece que la regla troncal de accesoriedad prevista en el artículo 57.1 del CP se podrá imponer para las faltas de los artículos 617 y 620 del CP por un tiempo que no exceda de seis meses (por ejemplo falta castigada con una pena de localización permanente más una pena accesoria de alejamiento de seis meses).

Además el inciso segundo del artículo 57.1 del CP establece un régimen especial de concurrencia de dichas prohibiciones con la prisión. Se prevé un endurecimiento para cuando las penas accesorias acompañan a la de prisión. «Si se trata de pena de prisión y el juez o tribunal

acordara una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior a entre uno o diez años al de la duración de la pena impuesta si el delito es de naturaleza grave, por un tiempo de uno a cinco años si el delito es menos grave». En este supuesto las penas de prisión y las prohibiciones se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea y sucesiva. Sin embargo, el precepto muestra cierta impresión técnica. Se refiere a una pena en concreto (la impuesta en la sentencia) y hace depender de ello un gravísimo endurecimiento de la otra u otras penas, ya que bajo la denominación de una pena accesoria se permite la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el artículo 48 del CP por un período de diez años más allá de la fecha de la duración de la pena privativa impuesta en la sentencia. Como quiera que el tope máximo de prisión puede llegar a ser de cuarenta años si a los mismos se suma un exceso de diez años en los delitos graves el resultado es que estas penas accesorias pueden alcanzar hasta cincuenta años de cumplimiento efectivo.

Como ya he adelantado en líneas precedentes algunos autores entienden que se trata materialmente de un renovado sistema de acumulación de pena y medida frente al consolidado sistema vicarial. Se retoma ese sistema dual en el que la medida se cumple cuando se ha extinguido la pena. Hay entre ambas un estricto orden secuencial, lo cual imprime al sistema una especial rigidez, ya que la pena accesoria debe cumplirse aunque desaparezca la peligrosidad criminal.

Este sistema abre el paso a la posibilidad de imponer medidas de seguridad post-penitenciarias, permanentes o de larga duración. Este tipo de medidas tiene una clara finalidad inocuidadora y constituyen claramente la potenciación de un Derecho penal de corte securitario.

Por último, el artículo 57.2 del CP contempla un régimen de preceptiva aplicación de la prohibición de aproximación del artículo 48.2 del CP cuando los delitos descritos en el párrafo 1.º del artículo 57 del CP se cometan contra alguno de los sujetos descritos en el artículo 173.2 del CP (25). Como también hemos adelantado al inicio de este trabajo, la relación entre las prohibiciones del artículo 48 del CP y la imperatividad en su imposición a la que obliga el artículo 57.2 del mismo

---

(25) Excepción del artículo 89 del CP. En el caso de que el autor de la violencia de género sea un extranjero sin residencia legal en España la pena de prisión de 3 meses a un año se sustituye por la expulsión de España por diez años. También se aprecia en estos supuestos una clara infracción del principio de proporcionalidad de la respuesta penal respecto a la gravedad del injusto. *Vid.* CORCOY BIDASOLO, M., «Violencia en el ámbito familiar de los emigrantes», en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal* (J. C. Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Morillas Cuevas, Enrique Orts Berenguer), Madrid, 2006, pp. 1244 ss.

texto está resultando perturbadora para la correcta individualización de las penas y resulta carente de proporcionalidad en algunos supuestos, al sancionarse como delitos lo que antes eran faltas, de manera que ante un hecho leve y único la imprescindible sanción penal acaso no requiera siempre una medida de alejamiento. En esta línea se sitúan la existencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas entre otros órganos por la Audiencia Provincial de Valladolid, el Juzgado de lo penal número 20 de Madrid o el Juzgado de lo penal núm. 2 de Arenys del Mar.

#### 4. ¿QUÉ SON LAS PENAS ACCESORIAS?

Un estudio detenido sobre el concepto de penas accesorias debiera comenzar diferenciando las penas accesorias de los efectos penales de la condena. Ambas consecuencias jurídicas son más próximas de lo que a primera vista aparece, no solo por su origen (el fallo condenatorio) por su forma de extinción (con la rehabilitación o con la cancelación de antecedentes penales) por su efectos sobre el condenado (incapacidades para adquirir derechos públicos o privados o consolidar determinadas situaciones jurídicas) (26), pero se trata también de una tarea que excede los objetivos de este trabajo y la doctrina hace tiempo que ha zanjado el tema con el argumento de que el artículo 79 del CP al establecer que «siempre que el juez imponga una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán expresamente a estas últimas» da por sentado que las penas accesorias son penas y nunca deben reputarse efectos penales de la condena.

En lo que se refiere a las accesorias todo cuanto tenemos sobre su regulación se concentra en la sección 5.<sup>a</sup> del título III (arts. 54 a 57 del CP). El artículo 54 del CP intenta una suerte de definición que no sirve como precepto marco general a todas las hipótesis de la sección: «las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley declara que otras penas las llevan consigo». De acuerdo con esta definición legal la accesoriedad viene caracterizada por dos notas: una de carácter negativo que el delito no tenga prevista especialmente esta pena, otra de carácter positivo, que la ley la asocie a otra que juega un papel de principal.

---

(26) Sobre efectos penales *vid.* BAEZA AVALLONE, Vicente, *La rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983 y en Italia CERQUETTI, G., *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990.

Sin embargo, la definición del artículo 54 del CP no se corresponde con la posterior regulación jurídica que se hace de las penas accesorias en los artículos 55, 56 y 57 del CP. Concretamente, el artículo 57 del CP supedita la imposición de la pena en referencia a determinados delitos y circunstancias cumulativas. A pesar de la impresión desordenada que ofrecen y de su aparente injustificación por mi parte señalaría algunos rasgos identificativos:

a) las penas accesorias añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos distintos de sus contenidos naturales;

b) constituyen unas unidades punitivas que se rigen por unas reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales; pero las reglas de determinación a las que se atienen tampoco están muy claras. Así por ejemplo la falta de previsiones legislativas específicas en materia de tentativa, concurso de delitos, delito continuado, participación en delitos especiales, ha dado lugar a que la jurisprudencia y la doctrina no hayan adoptado soluciones unívocas en esta materia, y

c) los principios rectores de la accesoriedad punitiva se caracterizan por la indefectibilidad y el automatismo en los que la discrecionalidad atribuida al juez no tiene ningún poder para influir o queda limitada a unos parámetros muy determinados tanto en la imposición como en la cuantificación de estas penas (aun a costa de entrar en contradicción de modo evidente con la acogida de ciertos planteamientos de prevención especial como podría ser el caso de las prohibiciones del art. 48 del CP).

De cuanto se ha dicho se desprende un diseño legislativo cuando menos enigmático.

En orden a las modalidades de las penas accesorias aparentemente –y digo aparentemente porque tampoco en este aspecto hay consenso– coinciden siempre en sus contenidos con alguna de las penas recogidas en el catálogo general del artículo 33 del CP y las diferencias que presentan están en las reglas que se emplean para determinar su duración temporal.

## 5. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS PENAS ACCESORIAS Y SUS EXCEPCIONES

En orden a los principios rectores de la accesoriedad, muy brevemente resumidos, serían los siguientes:

a) *Automaticidad*

Las penas accesorias se aplican en estrecha relación con sus correspondientes penas privativas de libertad principales sin necesidad de que el legislador las haya previsto para el delito cometido. Las normas que recogen dichas penas son normas extensivas de la penalidad. En este sentido, constituyen una auténtica excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito puesto que si la pena justa es aquella con la que aparecen castigados los delitos en la Parte especial, la pena accesoria añade un plus punitivo que no depende del injusto, sino de otros criterios políticos criminales no justificados.

A pesar de su carácter obligatorio a tenor del artículo 79 del CP los jueces o tribunales están obligados a imponerlas expresamente en las sentencias. Todos los comentaristas han destacado la naturaleza eminentemente procesal de este precepto, pero al mismo tiempo subrayan su trascendencia sustantiva. Ésta reside en reafirmar la naturaleza de pena que tienen las penas accesorias en la legislación positiva española, por lo que resulta inadmisibles su consideración como simple efecto automático de la pena principal (27). La trascendencia práctica del precepto sería la de salvaguardar la garantía jurisdiccional de las penas: esto es prohibición de que los fallos condenatorios sean genéricos, la obligación judicial de explicitar todas las penas y su duración que se imponen al reo, excluir la posibilidad de una «reformatio in peius» en los supuestos en que la no condena expresa en la sentencia de instancia pretende corregirse en vez de por vía de recurso por la vía de la aclaración o corrección de errores materiales (28).

El automatismo arrastra la pena accesoria junto a la principal en su devenir. No obstante, es posible apreciar cierta autonomía en relación a algunos expedientes, por ejemplo, la concesión de un indulto puede afectar indistintamente a una u otra pena. De la misma manera la automaticidad y subordinación de la pena accesoria a la pena principal

---

(27) Así consideradas en el ordenamiento penal italiano, *vid.* CERQUETTI GIOVANNI, *Gli effecti penali dalla condanna*. Padova 1990.

(28) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1 a 235), Tomás Vives Antón coordinador, Valencia, 1996, pp. 457 a 458. *Vid.* también, GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, A., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 2006, p. 84. Citando a Casabó Ruiz en *Comentarios al Código Penal II* (CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ RUIZ, DEL TORO MARZAL), Barcelona, 1972, p. 126; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, *Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y de la teoría de determinación de la pena*, Madrid, 1997, p. 170.

debería obligar a aplicar la suspensión de la ejecución de la pena principal a la accesoria. Sin embargo, la falta de un precepto penal específico da lugar a soluciones encontradas sobre las posibilidades que tiene el juez para excluir a las penas accesorias de la esfera de la suspensión condicional (29). En concreto, para Mapelli Caffarena este efecto extensivo no se producirá cuando la pena accesoria debilita su relación con la pena principal. Porque ya no se aplica automáticamente sino guiada por sus mismos criterios y generalmente con sus propias reglas de determinación temporal. Entonces la concesión de cualquiera de las formas suspensivas o substitutivas que contempla la legislación sólo serán de aplicación a la pena principal. Se trata de aquellos supuestos como en el artículo 57 en que la accesoriedad está limitada obligando a dar una respuesta distinta a la vinculación entre las dos penas concurrentes (30).

b) *Coincidencia temporal*

Frecuentemente se dice que las accesorias por lo dispuesto en el artículo 33.6 del CP duran lo que dura la pena principal. Por esta razón jueces y tribunales no están obligados a someterlas a las reglas de determinación. Se entiende que la pena accesoria dura lo que dura la pena principal en su magnitud concreta, una vez descontado el tiempo de las medidas cautelares que el condenado haya podido sufrir durante la instrucción: concretamente, la prisión provisional. Esta directriz parece que ahora sólo es respetada por los artículos 55 y 56 del CP pero no para los supuestos del artículo 57 del CP en el que las penas accesorias no tienen por qué coincidir con las penas principales. Para superar esta contradicción se ha reformado el artículo 33.6 añadiendo que la regla general no tendrá que respetarse «si expresamente así lo indica algún precepto del Código». Se resuelve el problema formal, pero desconocemos a qué regla de determinación de la pena deben someterse las penas aparentemente accesorias del artículo 57 del CP.

Sin embargo, en fase de ejecución hay un elemento de diferenciación entre la ejecución de penas principales y penas accesorias: mientras que en las penas principales la pena dictada en la sentencia y la efectivamente cumplida puede diferir debido a la influencia de ciertas

---

(29) Sobre esta problemática y las posibles soluciones a la posibilidad de aplicar substitutivos penales a las penas de inhabilitación *vid.* DE VICENTE REMESAL, J., «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre 2000, núm. 12, pp. 27 a 32.

(30) *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 293.



instituciones que suspenden o acortan el cumplimiento efectivo de la pena, no ocurre lo mismo con las penas accesorias, ya que no se benefician de ningún mecanismo de acortamiento de condena. Es el caso de la imposición preceptiva de la Inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, el juez carece de toda facultad para incidir en la modulación de su imposición o en la ejecución.

c) *Incompatibilidad con las penas de la misma naturaleza*

Este principio sólo es respetado por la literalidad del artículo 55. La LO 15/2003 ha introducido un segundo párrafo en el artículo 56.2 del CP por el que se establece que lo dispuesto en el apartado 1 se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos del Código respecto a la aplicación de dichas penas accesorias, por lo que su imposición podría ser compatible con otras inhabilitaciones previstas en la Parte especial.

d) *Simultaneidad*

Las penas accesorias no sólo duran lo que dura la principal, sino que se cumplen simultáneamente. La literalidad del artículo 55 del CP no permite otra interpretación cuando dispone que la inhabilitación absoluta vaya con la pena principal durante el tiempo de la condena. Sin embargo, en la práctica los efectos de las penas accesorias se extienden en el tiempo debido a los efectos penales de la condena. El condenado a una pena accesoria no podrá recuperar en la mayor parte de los casos la capacidad jurídica de la que ha sido privado hasta que no sea rehabilitado, esto es, se cancelen los antecedentes penales según los plazos y con los requisitos establecidos en el artículo 136.

Igualmente, la simultaneidad ha sido excepcionada. El artículo 57 del CP obliga a prorrogar la vida de la pena accesoria más allá de la pena principal cuando el condenado lo ha sido a pena de prisión. A pesar de esta simultaneidad las accesorias tienen su propia vida durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza. De esta manera la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar con ello a responsabilidad penal en los mismos términos que la pena principal.

## 6. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LAS PENAS ACCESORIAS

Urge un estudio que valore el régimen normativo de las penas accesorias a la luz de los principios constitucionales que rigen el establecimiento y la determinación de pena. Y ello desde dos perspectivas:

- a) El carácter forzoso y obligatorio de su imposición,
- b) y desde el punto de vista de su contenido: el modo y la forma en que inciden en la esfera jurídica y social del condenado. Y si la forma en que lo hacen respeta el contenido del artículo 25 de la CE.

Es decir se trata de contrastar la congruencia normativa de las penas accesorias con el sistema de valores constitucionales: el principio de legalidad, el principio de prohibición en exceso o proporcionalidad en sentido amplio, el principio *ne bis in idem*, el principio de igualdad y el principio de necesidad de la pena para proteger el bien jurídico.

El análisis de la accesoriedad punitiva desde los principios que informan y garantizan la aplicación de las penas presenta graves objeciones que harían recomendable de *lege ferenda* su desaparición, permitiendo tan sólo que se apliquen en relación a delitos concretos en el marco de la regulación de las penas principales alternativas, de forma que sólo se mantendrían si están sometidas a las garantías de las reglas generales de determinación. Por el momento, quiero hacer algunas consideraciones:

– *Cuestionan el Principio de responsabilidad por el hecho.*—El delito único fundamento de la pena es antes que nada acción u omisión (art. 10 del CP) y la culpabilidad como principio que limita el *ius puniendi* garantiza que nadie puede ser responsable penal por su forma de comportarse, por sus convicciones o condición jurídica. Únicamente el hecho doloso o culposo puede comportar la imposición de una pena. Esta vinculación de la pena al injusto como consecuencia del principio de culpabilidad está ausente en las penas accesorias, las cuales se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas de las que dependen las accesorias. Se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas —y ahora también por determinados delitos— de las que dependen las accesorias.

– *Constituyen un obstáculo insalvable con los fines resocializadores.*—(art. 25.2 de la CE) por cuanto favorecen la autoexclusión del condenado. Las razones que inspiraron estas penas en sus orígenes están aun vigentes. La imposición de alguna modalidad de penas accesorias —por ejemplo artículos 55 y 56 del CP— responden a la idea que quien es condenado a penas de determinada gravedad no ofrece ni garantías, ni confianza a la sociedad para ejercer la función pública, determinadas profesiones, derechos políticos, etc., y por esta razón deben excluirse de esa posibilidad. Se trata de transmitir a través de la pena un mensaje eminentemente simbólico. Los tratadistas clásicos se encargaron de destacar que el efecto que se pretende alcanzar con la pena accesoria es reforzar la idea de exclusión social del infractor.

– *Desvinculación de la imposición de las penas accesorias con el principio acusatorio.*— La posición del Tribunal Supremo durante muchos años ha sido la de desvincular las penas accesorias del principio acusatorio (31), últimamente esta desvinculación ha quedado reducida a la suspensión de cargo público y la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo.

– *Enfrentamiento con el principio nulla poena sine indicio:* este fundamental principio no se limita a exigir que la pena sea de exclusiva aplicación jurisdiccional (art. 3 del CP «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o Tribunal»), sino que acoge postulados de garantías sustanciales en el sentido de exigir determinadas garantías materiales sin cuya presencia el proceso no puede calificarse como justo (oralidad, publicidad, inmediación, libertad de prueba, derecho de defensa, contradicción, presunción de inocencia, etc.).

En principio, significa que la pena debe ser adoptada por los órganos que tienen la potestad jurisdiccional, esto es, los jueces y tribunales tal y como lo establece la Constitución española y la LOGPJ y que tal pena haya sido objeto de acusación y contradicción en el plenario. Sin embargo, es frecuente que en la sentencia condenatoria no se determine cuales son los cargos, empleos públicos o profesiones sobre los que recae la inhabilitación. Limitándose la sentencia a imponer la pena e indicar su duración respecto a la principal. En otras se aprecia que la pena recae sobre un cargo, una profesión, u oficio respecto del que no ha sido valorada su relación con el delito cometido, con la consecuencia que para suplir la omisión judicial puede estar ejecutándose una pena sobre la que, no es que no haya habido motivación expresa, lo que ya merecería diversas objeciones, sino que sencillamente no ha habido un pronunciamiento judicial expreso. La pena se ejecuta dependiendo de que en algún lugar de los hechos probados o de los fundamentos jurídicos de la sentencia hubiera quedado indicada la profesión, sin ulterior reflexión sobre su incidencia en la comisión del delito (32). En otras ocasiones no deja de causar perplejidad que sean órganos de ejecución los que frecuentemente gestionen en la fase de

---

(31) *Vid.* CUCARELLA GALIANA, Luis A., La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 9, Navarra, 2003, pp. 262 y 263.

(32) Sobre la ejecución de la pena de inhabilitación profesional, y una crítica sobre esta práctica judicial *vid.* DE VICENTE REMESAL, J.: «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre, 2000, núm. 12, p. 27

liquidación de condena aspectos esenciales de las penas accesorias (por ejemplo en materia de concursos o delito continuado), puesto que también en estos casos la pena accesoria es sustraída a la competencia del juez. Otra situación, las menos, aunque si sucede en caso de conformidad, puede ser que el condenado se aperciba de la gravedad de las consecuencias jurídicas inherentes a las accesorias, una vez que la sentencia es firme por lo que no cabe recurso de apelación con grave perjuicio del derecho de defensa.

Este proceder contrasta con los principios que rigen la determinación de las penas. En principio, el artículo 54 establece una diferencia entre las penas accesorias de las principales: las principales las impone el juez y se sujetará a las indicaciones establecidas en la sección 1.<sup>a</sup>, capítulo II del libro I, donde están recogidas las indicaciones encaminadas a una adecuada individualización judicial (especialmente art. 66 extensión que estimen adecuada y en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho). El juez tiene la obligación de motivar el grado y la extensión de la pena impuesta (art. 117 de la CE.) Se trata de una actividad jurisdiccional por medio de la cual el órgano judicial selecciona una pena y fija una magnitud concreta de la misma de acuerdo con los criterios establecidos por el Código para el delito concreto cometido y las circunstancias que concurren. La doctrina la califica como una actividad discrecional jurídicamente vinculada (art. 741 de la LECrim).

Por cuanto se ha dicho se destaca que el papel del juez, que es extremadamente importante cuando se trata de penas principales, se diluye siendo perfectamente fungible cuando se trata de aplicar las penas accesorias. En este sentido el respeto al principio *nulla poena sine iudicio* se diluye no tanto porque la determinación de la pena venga a veces confiada a un órgano no jurisdiccional, sino porque pone de manifiesto que para el desarrollo y aplicación de las penas accesorias se puede prescindir del principio de contradicción dirigido a poner en evidencia el presupuesto legal de aplicación de esta clase de penas interdictivas. En consecuencia, reclamar su apreciación y motivación por parte del juez predeterminado por la ley, no es una mera garantía formal sino también sustancial. Sólo su sometimiento al principio acusatorio (reclamando una mayor precisión en los escritos de acusación que destierren las formulas estereotipadas que caracterizan la petición e imposición de este tipo de penas) y su pronunciamiento motivado por el juez asegura que no le sea impedido a la parte la posibilidad de desenvolver un juicio contradictorio asegurando de este modo el derecho de defensa.

Otra contradicción radical de la disciplina de la accesoriadad con el principio del que venimos hablando, es el hecho que el carácter forzoso de estas consecuencias obedece a una concepción de la legislación como un orden estático que entra en crisis en el momento que proliferan las legislaciones extrapenales que incrementan notablemente el número de efectos perjudiciales –efectos penales– ligados a la sentencia de condena. Consecuencia directa es que el juez desconoce todos y cada uno de los efectos sancionatorios que se derivan de su fallo condenatorio. La proliferación de los efectos penales de la condena derivado de la imposición de penas accesorias ha comportado siempre una pérdida progresiva del control por parte del aparato judicial de las consecuencias perjudiciales derivadas de la sentencia de condena. Ello contrasta con el *principio penal nulla poena sine iudicio* debido a que el acto de vincular a la sentencia efectos perjudiciales enriquece de hecho el contenido sancionatorio de la condena original, dando así lugar a lo que se ha llamado *penas ocultas* puesto que a menudo ni el juez ni el condenado son conscientes de su existencia en el momento de dictar la sentencia.

## 7. FUNCIONES DE LAS PENAS ACCESORIAS

Antes de la reforma del artículo 57 del CP se podía afirmar que respondían al primado de la pena privativa de libertad e insuficiencia de la misma por lo que se le añade la accesoriadad de la pena limitativa de la capacidad jurídica del agente. Desde el siglo XVIII se prevé que la pena privativa no expresa por sí sola de un modo satisfactorio la respuesta sancionatoria del delito, razón por la cual debe articularse una variada gama de penas accesorias y otros efectos penales de la condena. La nueva tecnología del castigo es espléndidamente explicada por Foucault: «Castigar será por lo tanto, un arte de los efectos; más que oponer la enormidad de la pena a la enormidad de la falta, es preciso adecuar una a otra las dos series que siguen al crimen: sus efectos propios y los de la pena. Un crimen sin dinastía no llama al castigo» (33).

Resulta difícil asignar al complejo de penas accesorias una función unitaria. Las penas accesorias son de diversos tipos y algunas de ellas responden a un presupuesto de aplicación diverso. Ello impide que se pueda hablar de una función unitaria de las penas accesorias. Por lo tanto, solo acudiendo a parámetros más analíticos puede estudiarse el

---

(33) FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, 1990, pp. 97 y 98.

tema de las funciones: estos parámetros son los diversos presupuestos formales a los que el legislador recurre para la imposición de las penas accesorias (gravedad de la pena, relación del derecho inhabilitado con el delito cometido, determinados delitos en relación a la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente represente, determinadas relaciones de parentesco o intimidad pasada o presente).

La pregunta debe partir del análisis contrastado de las funciones que tradicionalmente se le asignan a las penas privativas de libertad: preventivo general (efecto disuasivo general que la pena ejercita sobre los ciudadanos para disuadirlos de realizar delitos) y preventivo especial.

Es dudoso que se pueda hablar de una función de prevención general intimidatoria en las penas accesorias ya que la ejecución de la pena accesoria a veces queda confinada al ámbito interno del Derecho penal, y en otras ocasiones sus consecuencias impositivas sólo son percibidas por el condenado en la fase posterior al licenciamiento definitivo de la pena privativa de libertad. La eficacia general preventiva de la pena reclama una difusión o publicidad de sus consecuencias de la que no gozan las penas accesorias (salvo que tal función la supla la inscripción de la pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes). El hecho de que en la mayoría de las ocasiones la imposición de la pena accesoria pueda ser una sorpresa para el reo avala que el legislador al establecerlas no perseguía fines de prevención general o al menos estaba poco interesado en dichos efectos. También la función preventiva especial es muy débil hasta el punto de ser evanescente: aunque la duración de algunas penas accesorias viene conectada con la gravedad de la pena, falta toda relación de proporcionalidad con el hecho concretamente cometido. En algunas de las penas mas allá de esa relación de ocasionalidad que se exige con el delito cometido no existe relación de proporcionalidad con el hecho concretamente cometido. En cierta medida son penas fijas, algunas de duración definitiva (como las inhabilitaciones especiales y absoluta) o con una duración temporal ya predeterminada por el legislador.

Por otro lado, se aplican indiscriminadamente a cualquier delito donde se supere el umbral de una pena principal previamente fijada por el legislador. La ausencia de un nexo entre el hecho criminal específico y la pena accesoria impide que se pueda hablar de una genuina función de prevención especial, salvo la genérica eficacia intimidatoria que corresponde a todas las penas.

Pero si, como parece, las penas accesorias tienen poca eficacia preventiva general y especial ¿por qué se empeña el legislador en establecerlas? ¿Por qué el legislador suple la insuficiencia de la pena privativa de libertad no incrementando su gravedad o imponiendo una pena

principal más grave, sino que acude a una pena que afecta a bienes jurídicos diversos de aquellos a los que priva la pena principal? Si la función de la pena es la tutela jurídica ¿qué bienes se tutelan con las penas accesorias de inhabilitación?

Por mi parte, considero que cuando el legislador liga o relaciona las penas accesorias con condenas de particular gravedad –aquí es cuando emerge la función explícita de la pena accesoria– no parece que persiga disuadir de la realización de determinados delitos, sino de estigmatizar a quienes los han cometido. El juicio sobre el hecho se convierte en un juicio ético sobre el autor (juicio de reprobación de la violación y juicio de reproche al autor). En la doctrina penal alemana no han faltado autores que se han empeñado en rescatar las penas accesorias del limbo en el que parecen históricamente confinadas desvelando la función de un juicio ético social inherente a las penas accesorias. Fue Esser quien dejó sentado que:

«No es el efecto *disuasorio*, reputado escaso el que en las *Ehrenstrafe* debe tomarse en consideración; sino el ulterior aspecto de la prevención general que es la *moralización*. La previsión de la pena accesoria contribuye a forjar la conciencia social de lo que es lícito y lo que es ilícito por tanto asociándose a las condenas más graves funcionan como un índice revelador de la particular gravedad del delito no expresado suficientemente con la pena privativa de libertad. Si la medida de la pena es la medida concreta del desvalor del hecho, la prevención de las penas accesorias no puede más que expresar en el ámbito de la criminalidad grave un desvalor del hecho mayor que el que representa la pena privativa y por lo tanto justificar el merecimiento de desprecio frente aquellos que sufren aquella pena.»

También la presencia de las penas accesorias ligadas a condenas de especial gravedad en nuestro ordenamiento expresa la predisposición del legislador a dar un juicio ético sobre los hechos que se reverbera sobre el reo en el sentido de que las manifestaciones más graves de antisociabilidad deben ser marcadas con medidas de marginación del reo (34).

En lo que se refiere a la función de las penas accesorias dependiendo de determinadas modalidades de comisión del delito, también se impone un análisis más detallado examinado desde el punto de vista de las tres subfunciones que reviste la prevención especial:

*Función de resocialización del reo.*—Nula o escasa ya que la pena accesoria en ocasiones consiste en alejarlo del lugar económico-social

---

(34) ESSER, A., *Die Ehrenstrafe*, Stuttgart, 1956, p. 50, cita LARIZZA, S., *Le pene accessorie...*, op. cit., p. 171.



en el que se desarrolla su actividad laboral. Se le aleja del contexto social en el que está habituado a actuar: en consecuencia las penas accesorias tienen el efecto opuesto. Otros autores mantienen que sí puede desplegar una función reeducativa.

*Intimidación.*—La privación de la actividad laboral puede resultar en muchos supuestos más aflictiva que la propia pena principal (35).

*Neutralización.*—Existe un acuerdo casi unánime en que ésta es la función o el aspecto más típico en que se manifiesta la función especial preventiva en este tipo de penas. Alejar al condenado del contexto social en el que ha nacido la ocasión del delito, eliminando la posibilidad de una ulterior repetición del mismo es exactamente la finalidad que las penas en examen se fijan como meta. La función de neutralización se manifiesta dotada de unas especiales características, porque la subordinación y el carácter forzoso que caracteriza su aplicación comporta necesariamente la exclusión de toda valoración judicial sobre el modo, las formas y el tiempo de la neutralización al que el reo debe ser sometido, sencillamente se iguala a la duración de la pena principal.

Esta característica está estrechamente relacionada con otra y es la total irrelevancia de la personalidad del reo (sus posibilidades de reincidir en la misma conducta en el futuro) a los fines de la imposición de las penas accesorias. Se imponen sobre la presunción del legislador según la cual quien ha abusado una vez de su profesión continuará abusando si no se le somete a una forma especial de sanción que haga imposible la reiteración criminal.

Esta presunción que abstractamente puede parecer razonable (basada sobre *id quod plerumque accidit*) tiene el defecto de todas las presunciones que es la de regular satisfactoriamente la mayor parte de los casos pero que produce soluciones discutidas y carentes de toda racionalidad penal en casos particulares. Las presunciones tienen su propia razón de ser no en un principio de justicia y racionalidad, sino en un principio de economía. Estas penas se aplican siempre tomando en consideración el delito, pero en modo alguno la personalidad del reo. Esto contrasta con la función preventiva especial de las penas que reclaman necesariamente una pena individualizada y personalizada.

Por lo tanto, si bien las penas accesorias impuestas en función de particulares modalidades delictivas pueden desenvolverse en abstracto una función preventiva especial, también es cierto que el modo en que el legislador ha disciplinado este tipo de penas es el modo menos idó-

---

(35) PALAZZO, «Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del Codice penale» in *Problemi Generali di diritto penali. Contributo alla riforma a cura di G. Vassalli*, Milano, 1982.

neo para desenvolver esta función en concreto. Se abre por lo tanto un problema de interpretación de la técnica legislativa empleada por el legislador que a primera vista puede parecer enigmática.

De cuanto se ha dicho emerge un diseño legislativo caracterizado por la indefectibilidad y el automatismo de las penas accesorias sobre el que la discrecionalidad atribuida al juez no tiene ningún poder para influir. El legislador refuerza la férrea regla del carácter automático y forzoso de estas penas aun a costa de entrar en contradicción en modo evidente con la acogida de ciertos planteamientos de prevención especial en el Código Penal de 1995.

La explicación mas plausible no es la hipótesis de un despiste del legislador, sino la hipótesis de que la disciplina de las penas infamantes hayan atraído a su propia órbita la disciplina de las penas de inhabilitación y que esto no es el fruto de una equivocación, sino el producto de una particular concepción de las penas de inhabilitación y que es asumida como tal.

Se debe destacar como en el límite las funciones de las penas infamantes y las penas de inhabilitación pueden coincidir. Las penas accesorias infamantes tienden a incidir negativamente sobre la capacidad de las personas para entrar en relación con los otros y desde luego a «inhabilitarlo». Ciertamente que las penas de inhabilitación especial producen a un nivel más selectivo y al mismo tiempo más incisivo el mismo efecto que el legislador espera de las penas accesorias infamantes. Si a esto se añade que la disminución del bien «reputación» es el imprescindible resultado de la inhabilitación se encontrará otro punto de coincidencia entre los dos tipos de penas: Es inevitable que en el momento en que se aleja al reo de ciertas posiciones creando en torno a él una situación de aislamiento, se compromete al mismo tiempo su reputación.

Este punto de contacto entre ambas categorías es evidente, después pueden resaltarse o atenuarse dependiendo de su régimen normativo y de las premisas político-criminales en las que se mueve el legislador. La asimilación entre las dos categorías de penas accesorias realizada mediante el sometimiento al mismo régimen normativo adolece por lo tanto de un profundo significado de manifestar la prevalencia del juicio ético del Estado legislador sobre cualquier otro juicio: se refleja automáticamente sobre el sujeto sin ninguna otra consideración.

## 8. CONCLUSIONES

Básicamente quiso ponerse de relieve que las penas accesorias nacen históricamente con un solo fin: castigo suplementario e imprimir una marca de infamia al autor del delito. Recientemente al amparo

de las últimas reformas se le añaden funciones especiales preventivas que no ha recibido adecuada traducción a nivel de disciplina positiva, por lo que toda la disciplina de las penas interdictivas permanece estructuralmente ligada a su función originaria y sobre todo está especialmente privilegiado su aspecto infamante.

Es preciso que estas penas se afiancen en su función especial preventiva y se liberen del elemento infamante. Lo primero será eliminar el carácter forzoso en su imposición y la reivindicación de una adecuada individualización judicial que determine las modalidades de ejecución: el *an* y el *quantum*.

El consejo tiene como fundamento el principio constitucional de que las penas deben estar orientadas a la resocialización del condenado y desde este postulado se sugiere al legislador refunde el sistema de las penas interdictivas.

## Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat (\*)

MARIANO MELENDO PARDOS

Prof. Contratado Doctor. UNED

No parece muy discutible que la crisis de la concepción tradicional del Derecho penal con motivo de la reforma del Derecho Penal en la Alemania de los años 60, extendida posteriormente mucho más allá de aquel país, supuso un claro desplazamiento del peso de las categorías del delito. Si hasta entonces podía hablarse de la culpabilidad como «la coronación del delito» (1), en el momento en que se produce la denominada «crisis» de las concepciones normativas lo que no resultaría extraño sería señalar que, a partir de entonces, es lo injusto lo que se considera realmente el delito, asignándose a la culpabilidad una función a lo sumo limitativa. Simplificando en exceso, pero de forma gráfica, podríamos hablar del paso de la pena retributiva a la pena preventiva y del cambio de la protección de la ética social a la exclusiva protección de bienes jurídicos. Ahora bien, ese cambio podía producir problemas en la explicación de los elementos situados tras la categoría de la antijuridicidad, a tenor de los puntos de partida dogmáticos habituales. Así, si no existen diferencias cualitativas entre lo injusto penal y lo de otros sectores, ni entre la pena y otra clase de reacciones jurídicas, la necesidad de elementos intermedios entre lo injusto y la pena podía devenir problemática. Estaríamos, en principio, ante una cuestión de proporcionalidad: a una lesión grave le corresponde una reac-

---

(\*) El presente artículo se redactó para el homenaje al profesor Cerezo Mir que se publicó en REGIS PRADO, Luiz (coord.), *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil.

(1) Así BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», GA 1959, pp. 264 ss.

ción más grave. Nadie ha razonado en estos términos –que yo sepa–. Y con razón, pues, simplemente, es absurdo. La pregunta por el qué quiere proteger el Derecho Penal no puede separarse –más que analíticamente– del cómo puede hacerlo. Por eso, sencillamente, carece de sentido razonar en los términos anteriores, dado que supondría pasar por alto que la protección de los bienes jurídicos no puede realizarla el Derecho penal más que a través de sus instrumentos, en este momento, normas y sanciones. Así, la relación entre lesión del bien jurídico y pena se ve mediada realiza por una persona con determinadas cualidades (y precisamente por el significado que esas cualidades aportan a su comportamiento en relación con la norma). Con otras palabras: ¿qué hace *necesaria* la pena, la mera lesión (antinormativa) de un bien jurídico, o que esa lesión se haya realizado por un determinado sujeto en determinadas circunstancias (imputable, en ausencia de error de prohibición u otras causas de exclusión de esta categoría)? Dado que es perfectamente posible que lo necesario desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos y lo necesario desde la perspectiva de la relación del sujeto con la norma no coincidan, ¿qué necesidad es la que constituye materialmente el delito y fundamenta por tanto la pena? ¿Son los elementos de la tradicional «culpabilidad» –se denomine ahora a la categoría como se prefiera– fundamentadores de la pena o realmente sólo límites?

La pregunta podría parecer un despropósito: por un lado, la afirmación de que la culpabilidad es un límite de la pena, pero no su fundamento, está doctrinalmente muy extendida; por otro lado, como «todo lo que limita fundamenta», parece que estamos ante un mero juego de palabras. No es así (2). En mi opinión, las razones que se aduzcan para mantener dichos requisitos como elementos del delito son las que nos dirán qué es, materialmente, el delito. Dicho con otras palabras: si dichos elementos aportan algo relevante para la comprensión del delito serán parte de su concepto material; en caso contrario, meros límites a la punición de lo que es, materialmente, el delito. No resulta fácil, sin embargo, llegar a conocer la posición de los distintos autores –dejando al margen posibles evoluciones en su pensamiento–, tanto por los problemas del concepto de necesidad, como por las muy distintas referencias

---

(2) Por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 89, señala que de la necesidad, correcta, de que la pena guarde una cierta proporcionalidad con el delito no se deriva la validez de la teoría retributiva. «La proporcionalidad *puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamenta la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restrinja*» (cursiva añadida). Parece claro que se puede pensar en un límite que no es, al mismo tiempo, fundamento.

que se mezclan en las teorías preventivo generales. La posición de Gimbernat Ordeig puede resultar un buen exponente de estos problemas.

Resumiendo en sus grandes líneas el planteamiento de Gimbernat podríamos decir que, en su opinión, al menos en sus primeras manifestaciones a este respecto, la pena es necesaria para reforzar el efecto inhibitorio de las prohibiciones; ese efecto inhibitorio es necesario para dirigir o encauzar conductas –evitar las lesivas–, y la dirección de conductas es necesaria para mantener una vida social soportable (3). Es sobradamente conocida su explicación y justificación psicoanalítica del Derecho Penal (4), en la que no vamos a detenernos y, por último, su justificación de la potestad penal en su necesidad (amarga necesidad) para el mantenimiento de la sociedad, de modo que la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa –cualquier excedente de pena– supondrá un abuso de Derecho (5). Es muy importante tener en cuenta este aspecto, pues el Estado debe poder dar cuenta siempre de la punición de un comportamiento, dado que su potestad penal sólo está justificada en cuanto haga un recto uso de ella (6).

De los tres supuestos en que la pena es innecesaria (cuando no puede alcanzar su fin de encauzar conductas; casos en que produciría un sufrimiento excesivo no legitimado por el fin que se pretende obtener –vida social tolerable–, y abuso e intolerabilidad –inimputabilidad–) (7), nos interesan los que tienen que ver con la inimputabilidad y el error de prohibición. En un primer momento considera intolerable y abusivo proceder con una pena en estos casos, porque es innecesario, dado que la impunidad del comportamiento de los mismos no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. En referencia a los sujetos imputables las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los inimputables quedan exentos de responsabilidad criminal (8).

---

(3) Vid, con carácter general, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», pp. 147 ss.; «El sistema del Derecho penal en la actualidad», pp. 172 ss., ambos en *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 1990.

(4) Además de las referencias en nota anterior vid. recientemente GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a R. Alcácer Guirao, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 15 ss.

(5) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 151.

(6) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 147; «El sistema», pp. 172 y 179.

(7) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», pp. 153 ss.; «El sistema», pp. 174 a 175 en n. 40, 177, 180 «Debate» en *Revista de Ciencias Penales*, 3.<sup>a</sup> época, enero-abril 1973, núm. 1, Tomo XXXII, Chile, pp. 179 a 180, 192 a 193 y 201 a 203.

(8) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 157; «Debate», pp. 179 a 180.

Obvio es que, para Gimbernat, se recurre a la pena para reforzar las prohibiciones cuya existencia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a las bases de la convivencia social, para *dotar a tales prohibiciones de un especial vigor* (9). La pregunta es la siguiente: ¿qué hace perder vigor inhibitorio a la norma?

Si, como parece desprenderse de sus afirmaciones anteriores, son determinadas características del sujeto que realiza la conducta prohibida, parece difícil afirmar que estemos ante un mero límite de la pena y no ante un elemento que configura, en el fondo, el objeto de reacción penal. No reaccionamos directamente ante acciones que el legislador quiere evitar (acciones antijurídicas), sino ante acciones que el legislador quiere evitar y, además, debilitan la eficacia inhibitoria de la norma. La existencia de acciones contrarias a lo que el legislador quiere evitar que, sin embargo, no fundamentan la imposición de una pena, impiden que veamos el factor constitutivo –la pérdida de vigor inhibitorio– como un mero límite. Más allá de cómo fundamente la distinción entre inimputables y normales y por qué las actuaciones de los primeros no hacen perder vigor inhibitorio a la norma, cuando rechaza la impunidad de los «normales» que no se inhiban por el estímulo de la pena parece confirmar lo expresado anteriormente. Así, además del modo generalizador, indiferenciado y probablemente incorrecto de operar del Derecho, el proceso de identificación que se da entre los imputables –todos somos iguales– lleva a que distinciones y excepciones a la punibilidad, quizá fundamentadas, pero inaprensibles, no incorporadas a la conciencia popular, en suma, supusiesen que la falta de castigo en estos casos relajase el principio punitivo, de forma que el Derecho penal perdería eficacia (10). Desde una perspectiva preventivo general no hay nada que objetar. Desde otros aspectos puede que sí, pero ello no es relevante ahora.

En definitiva, si quizá podría pensarse que en el caso de los inimputables operábamos con una conclusión inversa –si la conducta del inimputable no relaja la eficacia inhibitoria, la del imputable sí–, aquí no. Lo dice el propio Gimbernat. Es la *impunidad* del normal la que relajaría el principio punitivo. Por supuesto que la conducta antijurídica es esencial, pero, *como tal*, no produce sin más la pérdida de eficacia inhibitoria de la prohibición. Es preciso algo más, determinadas cualidades del sujeto que actúa antijurídicamente. Sólo esa suma nos da el objeto de punición.

---

(9) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 148; «El sistema», pp. 172 a 179.

(10) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 176 a 177.



A conclusiones similares llegamos analizando la postura de Gimbernat sobre el error de prohibición subjetivamente invencible. En estos casos la pena no es preventivo especialmente necesaria –lo que no parece menos relevante–, ni preventivo generalmente, pues tampoco aquí hay que evitar que se relaje la eficacia de las prohibiciones penales (11). ¿Por qué? Pues porque, en su opinión, respecto al error podemos dividir a la sociedad en dos grupos, los que conocen y los que no conocen la prohibición penal. Para los que la conocen, la impunidad del ignorante no disminuye en nada el efecto inhibitorio, pues saben que están en casos distintos –como ocurría con los inimputables–; respecto a los que desconocen, la adopción del principio del *error iuris nocet* tampoco aumentaría la eficacia inhibitoria de la pena, pues, como están en error de prohibición, ignoran también que se les iba a castigar aplicando dicho principio (12).

No nos interesan ahora las posibles críticas a la argumentación de Gimbernat. Se trataba simplemente de poner de manifiesto que, pese a las apariencias, con un contenido distinto al tradicional, pero siendo funcionalmente equivalente –problemas de medición de la pena aparte–, los elementos de la culpabilidad eran fundamentadores de la pena. Tenían razón, en este sentido, quienes señalaban que al no prescindir de los elementos de la culpabilidad, Gimbernat no prescindía, en el fondo, de la culpabilidad misma o que se trataba de una renuncia meramente nominal (13). Es decir Gimbernat prescindía del principio de culpabilidad y podía mantener sus consecuencias –sin entrar a debatir si ello es realmente así– porque, en el fondo, lo discutible es si prescindía –y no meramente reinterpretaba y cambiaba de nombre– del principio de culpabilidad.

Sin embargo, desde el momento en que Gimbernat acude al querer/poder como criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, las cosas sufren un cambio importante (14). Claro está, las

---

(11) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 178 a 179.

(12) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», p. 179; «Debate», p. 180. Dicho sea al margen: ¿por que habría que aumentar aquí el efecto inhibitorio y no, simplemente, mantenerlo?

(13) Así GRACIA MARTÍN, «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», *AP* 37 (1993), pp. 557 a 558; en la misma línea, pero menos radical, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 127 ss.

(14) De todas formas, la consideración de la antijuridicidad como lo que el legislador quiere evitar siempre estuvo presente –con mayor o menor claridad (esto es, encubierta o no por la necesidad)– en GIMBERNAT –«¿Tiene un futuro?», p. 151 y n. 38; «El sistema», pp. 171 y n. 32, 172, 174, 180–; la novedad radica en el paso de lo que es necesario castigar a lo que puede evitar.

referencias del propio Gimbernat también. Nos referimos a sus reflexiones sobre el estado de necesidad (15). A partir de aquí la idea de necesidad ya no resulta omnicomprendida, sino que se ve sustituida por los dos problemas materiales del Derecho penal: lo que quiere prohibir frente a todos (sector de la antijuridicidad, ámbito del querer) y los límites del mecanismo inhibitorio del Derecho penal, de su capacidad para influir en las conductas mediante la pena, esto es, el poder, el marco de la culpabilidad (16). Por mucho que se remita a sus reflexiones anteriores, y señale que el Derecho penal querría («estaría encantado») combatir las acciones de estos sujetos, no puede hacerlo, «no puede combatir esos comportamientos inculpables porque la pena es –principalmente por razones de motivabilidad– ineficaz», tanto desde un punto de vista de prevención general como especial (17).

Lo realmente importante es que señala que «a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se *percibe fácilmente* que no tendría mucho sentido proceder con ese medido de reacción» (18). Y esto es lo que nos causa extrañeza: anteriormente se «renunciaba» a la pena porque la misma no era necesaria dado que no se había visto debilitado el efecto inhibitorio de la prohibición y, por tanto, no *se daban los presupuestos para penar*. Por supuesto que si no se daban los presupuestos de legitimación de la pena difícilmente podemos hablar, con sentido, de que se renuncie a ella; por ello señalaba Gimbernat que su imposición sería un abuso y resultaría intolerable. Ahora vemos que se ha hecho referencia a esa falta de necesidad, pero el discurso ha cambiado sustancialmente: de cuándo era necesario imponer una pena se pasa a cuándo se puede penar a determinados sujetos. Si según la argumentación anterior no era necesaria la pena porque al no haber debilitamiento del efecto inhibitorio de las prohibiciones no había nada que reforzar, ¿por qué iba a querer el legislador evitar acciones que no es necesario combatir con pena por proceder de determinados sujetos? Pues porque estamos abandonando el esquema primigenio.

Si a ello añadimos la resignación que traslucen las frases de Gimbernat respecto a la imposibilidad de combatir conductas de determinados sujetos por medio de la pena nos preguntamos si es que ahora la

---

(15) De hecho una escueta referencia se encuentra ya en GIMBERNAT ORDEIG, «La culpabilidad como criterio regulador de la pena», *Revista de Ciencias Penales*, 3.ª época, enero-abril 1973, núm. 1, Tomo XXXII, Chile, p. 32.

(16) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho Penal*, p. 224.

(17) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», pp. 224 a 225; la referencia en «El sistema», p. 180.

(18) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», p. 225 (cursiva añadida).

realización de una conducta antijurídica supone ya, por sí misma, la pérdida de efecto inhibitor. Si bien puede que ello no fuese significativo desde puntos de vista preventivo especiales –mayor adecuación de las medidas de seguridad para los inimputables– (19), podría variar el planteamiento desde puntos de vista preventivo generales: si el efecto inhibitor se ha visto debilitado, ¿por qué no sería necesario castigar para producir su reforzamiento o compensar dicho debilitamiento? Podría acudir a otras argumentaciones: el beneficio social no compensaría el sufrimiento que acarrea la imposición y ejecución de la pena. Pero Gimbernat no sigue esa vía.

Por otro lado, el problema, en principio, no es si el legislador estaría o no encantado combatiendo esas acciones; ni siquiera si considera necesario combatirlas –pues lo considera, dado que son antijurídicas–, sino si era necesario combatirlas incluso castigando a los inimputables o a los que se encuentran en error de prohibición subjetivamente vencible, porque era necesario para la inhibición de la colectividad. Por supuesto, no puede descartarse que razonamientos axiológicos estén latentes, mas al no hacerlos explícitos se producen fricciones si se mantiene al mismo tiempo que no se debilita el efecto inhibitor y que frente a determinadas personas no se puede inhibir –por mucho que se haya debilitado el efecto inhibitor general–, porque son razonamientos que se sitúan en contextos distintos.

Es evidente que el legislador quiere evitar conductas antijurídicas, pero que sólo se castigan conductas culpables. Sin embargo, la insistencia en la amenaza de la pena como medio inhibitor, cuando se abandona la idea de necesidad para explicar todo, produce una clara asimetría: sólo era necesario evitar las conductas antijurídicas (concretas) en determinadas condiciones –referidas al sujeto–. Ahora, las conductas antijurídicas se quieren evitar siempre –en general–, pero al centrarse dicha evitación en la pena, sólo se pueden evitar en determinados casos. Así, más que al querer/poder llegaríamos a la distinción entre necesidad general/posibilidad concreta, que puede tener una importante repercusión: la posibilidad concreta de evitación por la pena ya no es un elemento de lo que es necesario evitar, sino un mero límite –sin aclararse, además, si es fáctico, axiológico o hay una mezcla de ambos– de lo que hace necesaria la pena (la conducta antijurídica). En definitiva, habríamos pasado de una culpabilidad (motivabilidad por la pena) fundamento de la pena preventivo generalmente necesaria a una culpabilidad límite de la pena ya preventivo generalmen-

---

(19) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», pp. 177 y 180; «El estado de necesidad», pp. 224 a 225.

te necesaria. Ya no serían características del sujeto las que legitimarían la imposición de la pena por hacerla necesaria –pérdida del vigor inhibitorio–, sino que la pena necesaria –por existir un comportamiento necesitado ya de pena– encontraría su límite en la inaccesibilidad de determinados grupos de sujetos.

Si anteriormente en la categoría posterior a lo injusto se dilucidaba la cuestión de la necesidad de reforzar el efecto inhibitor –de si había habido debilitamiento o no–, ahora han desaparecido las reflexiones de este tipo. Se trata sólo de si podemos inhibir a determinados sujetos o no, lo que evidentemente repercute en el sentido de la categoría. La argumentación, en el fondo, abandona los marcos preventivo generales, para situarse en la imposibilidad de obtener algo con la pena de determinados grupos de personas –la evitación de conductas antijurídicas– o en la existencia de alternativas más adecuadas. La necesidad de pena se vería recortada por la posibilidad de eficacia *individual* de la misma. ¿Cómo compaginarlo con una eficacia de la pena en términos de sufrimiento individual y beneficio social? Se puede seguir afirmando que «puedo aceptar y conformarme con que se me prive de mi libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social –*bien porque el comportamiento no necesita ser reprimido*, bien porque no necesita ser reprimido con tanta severidad–» (20). Si conjugamos ambos planteamientos, ¿cómo va a poder reprimirse lo que no es necesario reprimir? ¿No sería un abuso de la potestad penal?

En definitiva, si antes determinadas cualidades del sujeto determinaban el sentido (penal) de la conducta, al ser básicas para que se produjese o no un debilitamiento de la amenaza penal, parece que ahora se disocia la conducta totalmente del sujeto, por lo que es la propia conducta la que debilita el efecto inhibitor, provenga de quien provenga, tratándose en la culpabilidad –motivabilidad– del sentido de la pena frente a determinados sujetos, pero ya no la colectividad. Como frente a deter-

---

(20) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 153 (cursiva añadida). De todas formas, en la n. 41 de la misma página acude a ROXIN, «Sentido y límites», que, sin embargo, está ofreciendo una fundamentación distinta: dado que el Estado debe asegurar al ciudadano sus bienes jurídicos, el reverso es que todo ciudadano debe hacer lo necesario para cumplir la tarea común y así, por ejemplo, debe cargar sobre sí la pena precisa, haciendo alusión a otro tipo de prestaciones hacia el Estado.

La referencia de GIMBERNAT no acaba de convencer, la fundamentación que él ofrece no es el reverso de la protección del Estado, sino mera manifestación de lo necesario para vivir en comunidad; el planteamiento de ROXIN no es más que una manera de formular el tradicional *protergo, ergo obligo*.

minados sujetos la pena no puede desplegar sus efectos, pues, sin más, no son accesibles al mismo, no tiene sentido penarlos. Mas ahora no se responde por qué no es necesario. Y no vemos cómo puede defenderse el planteamiento tradicional. El delito será *materialmente* lesión de bienes jurídicos, mas, ¿cómo legitimar axiológicamente exenciones de pena si hacen perder eficacia inhibitoria a la misma? ¿Ya no es la necesidad de pena lo que fundamenta la misma?

Lo más lógico es pensar que ambos esquemas interpretativos son completamente compatibles y, por tanto, que nuestra interpretación de las primeras afirmaciones de Gimbernat es radicalmente desacertada. Sin embargo, el propio Gimbernat se refiere a que la culpabilidad se tiene en cuenta para determinar, una vez fijado por el contenido de injusto el grado abstracto de pena, nuevas diferencias de penalidad y *si se debe responder y en qué medida por el hecho injusto cometido* (21). Sin perjuicio de que la razón que aduce para que todo lo que afecte al grado de pena no pueda pertenecer a la culpabilidad –que entonces todos los elementos de lo injusto pertenecerían también a la culpabilidad–, no es precisamente decisiva –¿cuál es entonces la relación entre los elementos del delito?–, la culpabilidad se está alzando en un factor constitutivo de la imposición de la pena concreta. Esto es, creemos que sus primeras afirmaciones pueden reconducirse al par necesidad general de pena (antijuridicidad) vs. necesidad concreta de pena (culpabilidad). Y sólo la necesidad concreta de pena nos dice cuándo se ha constituido el delito.

Su crítica a una interpretación preventivo-general positiva del § 35 StGB reafirma, en nuestra opinión, el paso de un punto de vista a otro. Según señala, «no se alcanza a entender por qué el legislador tendría que renunciar a influir para que no se cometieran hechos que presuntamente desaprobaba inequívocamente –ya que serían antijurídicos–, a pesar de que se cometen por personas que son perfectamente abordables por el efecto de inhibición de la pena, y que, por consiguiente, podrían reflexionar muy bien sobre si se decidían o no a ejecutar hechos supuestamente no deseados desde un punto de vista preventivo» (22). Pese a que

---

(21) GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema», p. 176 n. 44; *Prólogo* a la 1.<sup>a</sup> ed. del Código Penal de 1973, Tecnos, 8.<sup>a</sup> ed., p. 23.

(22) GIMBERNAT ORDEIG, «Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en ESER, A./GIMBERNAT, E./PERRON, W., *Justificación y Exculpación en Derecho penal* (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal), Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1995, pp. 67 a 68. De modo similar en *Prólogo* a CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 a 14, contestando a KÜPER,

estoy de acuerdo en lo insatisfactorio de las fundamentaciones preventivo-generales positivas de estos supuestos la razón es sobradamente conocida: la excepcionalidad de la situación hace que la norma no pierda eficacia preventivo-general positiva. Traducido a la terminología de Gimbernat, se trataría de situaciones en que el efecto inhibitor de la prohibición penal no se vería afectado en cuanto todo el mundo se daría cuenta de que se trata de situaciones excepcionales –que no son las suyas–. Así, si antes lo fundamental era, más que la motivabilidad o inmotivabilidad del agente, la traducción sociológica de la misma, la diferencia entre perturbados y normales o entre los que conocen y no conocen, ahora la diferencia estaría entre situaciones normales y excepcionales.

Esto no es, sin embargo, lo que importa. Ya sabemos que el Derecho opera de forma generalizadora, indiferenciada y probablemente de modo incorrecto. Así, puede haber casos –extremos– en los que podría dudarse de la posible influencia de la pena (23), lo que, sin embargo, termina siendo irrelevante. Igualmente, aunque Gimbernat no alude a ello, resultaría perturbador tener que distinguir entre unos casos excepcionales y otros, para ver si la eficacia inhibitor de la norma se ve perturbada o no. *¿Pueden existir supuestos en que no se debilita el efecto inhibitor de la norma por factores ajenos al sujeto (situacionales)? Ésta debería ser la pregunta desde el punto de vista de la necesidad concreta de pena.* Mas ello, insistimos, produce mayores complejidades sistemáticas y resultados no aceptables –en opinión de Gimbernat–. Así que se simplifica el análisis como hemos visto que sucedía en el caso de los «normales» no accesibles al estímulo inhibitor de la pena. Si en este último supuesto se prescindía de lo particular y se optaba por la punición partiendo de que, de lo contrario, se relajaría el principio punitivo, aquí procederemos a la inversa: el legislador opta por retirar la amenaza penal. Si hay distintas razones de fondo –el tratamiento de los supuestos de conflicto de males iguales y desiguales no es exactamente idéntico en Gimbernat– es irrelevante.

---

insiste, a propósito del estado de necesidad en caso de conflicto de males iguales, en que «la razón por la cual el legislador renuncia a castigar, frente a todos y de manera general, la lesión de un bien jurídico... para salvar otro de igual entidad reside... en que, a pesar de que sería posible, ese comportamiento no se quiere combatir con la pena, al contrario de lo que sucede en la exclusión de la responsabilidad por inimpunitabilidad o por error invencible de prohibición, donde –por razones de inmotivabilidad del agente– la pena es ineficaz para luchar contra conductas cuya comisión se querría evitar».

(23) GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad», p. 225 y n. 27, claro que estamos ante supuestos que también podrían producirse en la legítima defensa y, sobre todo, en los que se produciría la exención por trastorno mental transitorio.

Como se ha retirado la amenaza penal con carácter general para casos que no tienen que ver con la inmotivabilidad del agente, estamos ante una causa de justificación. El esquema expositivo es simple y, aparentemente, tiene gran fuerza de convicción. Se han perdido los matices, pero ¿no opera el Derecho de forma generalizadora?

Éste es, en nuestra opinión, el principal problema del criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad a través del par querer/poder. Resulta excesivamente indiferenciado y necesitado de matices.

Por un lado, ya en el propio sector del querer se tienen en cuenta consideraciones de poder. Silva Sánchez, por ejemplo, ha objetado a Gimbernat, desde una perspectiva axiológica, si el legislador puede prohibir hechos no desvalorables (24). Evidentemente, ni era la postura de Gimbernat, ni lo es hoy día (25).

Más interesante resulta una argumentación intrasistemática. El propio Gimbernat ha señalado que lo que no se puede inhibir de modo general, no se puede tipificar –así, por ejemplo, el caso fortuito, las conductas peligrosas diligentes– (26), argumento que utiliza para defender la necesidad de acción y omisión como primer elemento del delito. La amenaza de la pena sólo puede inhibir conductas, que, además, deben ser dolosas o imprudentes (27). Las consideraciones respecto al poder serán distintas, pero no puede negarse que existen límites del mecanismo inhibitorio que operan antes de la culpabilidad.

En segundo lugar, en la antijuridicidad se decide lo que se prohíbe frente a todos, pero afirmar que las causas de justificación amparan la comisión de cualquier delito por cualquier persona sólo es verdad «en

---

(24) SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad» que no implican deberes de tolerancia», en LUZÓN PEÑA, D. M./MIR PUIG, S., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 167.

(25) Además de todas sus referencias al «recto» uso de la potestad penal, las propias reflexiones de GIMBERNAT respecto a determinada legislación postconstitucional que era inconstitucional –Vid. «Constitución y Derecho penal», *Estudios de Derecho penal*, pp. 28 ss.– son prueba suficiente de ello. Que la doctrina no decida, como tal, sobre lo que es constitucional o no es, en el plano argumentativo en el que nos movemos, irrelevante.

Igualmente, baste recordar cómo el propio autor señala que «los criterios de prevención general de un Código Penal democrático tendrán que establecerse de acuerdo con los principios de un Estado social y democrático de Derecho», refiriéndose, a modo de ejemplo, a la dignidad humana y la proscripción de las penas inhumanas y degradantes –Vid. «Derecho y razón», *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, p. 20.

(26) Vid. GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro?», p. 157 n. 46; «El sistema», pp. 174 a 175, n. 40.

(27) GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», *Estudios de Derecho penal*, pp. 182 ss., además de los artículos citados en nota anterior.



principio» y muy en principio. A las causas de justificación no puede apelar cualquier persona ni para cualquier delito. Así, como reconoce el propio Gimbernat, hay causas de justificación limitadas a determinadas personas y delitos –aborto y consentimiento en los delitos de lesiones– (28). Pero, más allá de lo anterior, hay grupos de personas excluidos de las causas de justificación y de los que Gimbernat ha prescindido: así, los que tienen un deber de sacrificio –dentro de los límites del mismo– o los que han provocado la situación –dejando al margen cómo comprendamos dicho requisito–. Igualmente, determinadas causas de justificación sólo pueden invocarlas determinadas personas –cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo–, y otras sólo son aplicables a determinados delitos –injurias a funcionarios públicos– (29).

Por tanto –y por mucho que, en el fondo, Küper no tenga razón en su crítica a Gimbernat– lo importante no es el ámbito de aplicación, la extensión de una eximente, sino las razones por las que se produce «la retirada de la pena». Algo sobre lo que Gimbernat, sin embargo, da poca información (30), pese a que no es algo que desconozca, pues él mismo se refiere a que en las causas de justificación, la conducta es considerada por el Derecho valiosa, jurídicamente neutral o indiferente, lo que elimina la existencia de un criterio homogéneo (31).

En definitiva, no podemos pasar por alto que dentro de lo que el legislador quiere evitar se incluye el cómo puede hacerlo, de manera que el recurso a las normas limita ya, de antemano, el posible objeto de las prohibiciones y mandatos penales, una de las razones de que no

---

(28) GIMBERNAT ORDEIG, «Justificación y exculpación», p. 64.

(29) Así lo reconoce también LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitat, S. A., Madrid, 1996 p. 300, que por eso insiste también en el «en principio».

(30) No es extraño, por ello, que SILVA SÁNCHEZ, «Sobre las actuaciones», p. 168 considere que, pese a la utilización del término justificación, en el planteamiento de Gimbernat subyace la idea de que la conducta no está penalmente prohibida.

(31) Ésta era la respuesta de GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo», en *Estudios penales*, pp. 233 a 235 y nn. 17 y 22, 236, a KÜPER, en el sentido de la renuncia a la pena en los supuestos situados en las condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de pena no podían unificarse en un solo criterio. Sin embargo, parece que las causas de justificación tampoco. De hecho, el propio GIMBERNAT, «El estado de necesidad», p. 228 se refirió a que el legislador no quería evitar estas conductas bajo la amenaza de pena «por los motivos que sean»; si a ello sumamos que la propia valoración legislativa no es unitaria (pueden ser conductas positivamente valoradas –la mayoría– o bien jurídicamente neutrales o indiferentes), no parece difícil concluir que tampoco pueden reconducirse a un criterio único, con lo que la argumentación no resulta excesivamente convincente.

cese jamás la polémica sobre el concepto de acción, como podremos ver en otro momento. Evidentemente, si tiene sentido distinguir entre lo que se puede prohibir y lo que se puede castigar es porque no se quiere renunciar –con razón– a la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

Ello nos lleva a la concepción de las normas y su repercusión en la estructura del delito. ¿Por qué coinciden conducta prohibida y conducta conminada con pena? ¿No tiene la norma como tal ninguna potencialidad inhibitoria, salvo la que le confiere la amenaza de la pena?

Aquí es donde, guste o no, la exposición de Gimbernat no resulta especialmente clara y de ahí la tendencia a destacar los aspectos negativos de su concepción y no la vertiente positiva. Por un lado afirma que «la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir –creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo– que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana» (32). De aquí podría deducirse que, efectivamente, tras un determinado proceso, la norma tiene un componente inhibitorio propio, en ello insiste Gimbernat para disipar la deficiente comprensión de su postura (33). Evidentemente, en esta línea se entienden perfectamente las afirmaciones de Gimbernat en las que se refiere al recurso a la pena para *reforzar las prohibiciones absolutamente necesarias, «para conferir... a tales prohibiciones –con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas– un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio»* (34). Lógicamente si hablamos de «reforzar», de conferir «especial vigor» o de «elevar» es porque las prohibiciones como tales ya tienen al menos un mínimo efecto inhibitorio. No sería difícil aumentar las referencias, pero no creemos que resulte necesario.

Ahora bien, si podemos distinguir entre el efecto inhibitorio de la norma como tal y el de la pena, por mucho que ésta coadyuve a aquélla, ¿por qué tienen que coincidir comportamiento prohibido y comportamiento conminado con pena? ¿Por qué luego aparecen, igualmente, innumerables referencias a lo que el legislador puede conseguir o no por medio de la pena? Así, por ejemplo, las conductas se dirigen por medio de la amenaza de la pena, lo que legitima también que la

(32) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 147.

(33) GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión?*, pp. 16-17.

(34) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 148 (cursiva añadida). En la misma línea, por ejemplo, loc. cit., pp. 151 a 152, «sí la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición», p. 152 («reforzar el efecto inhibitorio de la prohibición»).

gravedad de la misma dependa del valor del bien jurídico y del carácter doloso o imprudente de la lesión del bien jurídico (35). Ya no parece que sea la norma como tal la que tenga una función directiva de conductas, sino la pena o, en todo caso, la norma en cuanto incorpora la pena (36). Así se explica, obviamente, que comportamiento prohibido y conminado con pena deban coincidir, pues la evitación del comportamiento prohibido no es una cuestión de la norma, sino de la pena, o de la pena incluida en la norma. Con ello, sin embargo, el posible efecto inhibitor de la norma, *sin referencia a la pena*, cae en el vacío, lo que repercute constructivamente, pues podría pensarse que si el efecto inhibitor sólo proviene de la pena, el escalonamiento valorativo del delito deviene difícil. Con otras palabras: las conductas de los inimputables no estarían prohibidas (37).

La objeción anterior, sin embargo, ni tenía por qué ser así en un primer momento, pues se producía un escalonamiento a través de la necesidad general y la necesidad concreta de pena, que, además, venía referida al debilitamiento del *efecto inhibitor de la prohibición*, ni tiene por qué serlo posteriormente. Simplemente que el paso al querer/poder produce otros problemas. Mientras en el primer planteamiento la infracción de la prohibición –comportamiento antijurídico– no implicaba, sin más, el debilitamiento de su efecto inhibitor, que es la única forma que tiene el legislador de evitar conductas lesivas para bienes jurídicos –a través de normas que actúan motivando–, de forma que, por mucho que por razones preventivo generales se conservaba una relación –relevante para el delito– entre sujeto y norma, en el esquema del querer/poder dicha relación ha desaparecido. La repercusión para la comprensión material del delito es clara: es lo injusto lo

---

(35) GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro?», p. 151.

(36) La explicación que da a esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 355, no acaba de convencer, al menos respecto a GIMBERNAT. Es cierto que las afirmaciones de GIMBERNAT podrían reconducirse a una motivación por la norma jurídico-penal, a tenor del doble aspecto de la misma, el directivo de conducta y la conminación con la amenaza de la pena. De hecho, existen buenas razones para realizar esta interpretación –GIMBERNAT, para el error de prohibición, no exige el conocimiento de la punibilidad–. Mas si se acepta la perspectiva anterior resulta difícil comprender la inimputabilidad en GIMBERNAT: ¿por qué si no considera GIMBERNAT criticable el artículo 20.1 CP 95, como opción liberoarbitrista? ¿Por qué ha matizado que para él culpabilidad significa intimidabilidad? Podríamos recurrir a una intimidabilidad interna, pero, desde luego, parece bastante forzado.

(37) Sobre esta objeción MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», p. 84, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

que dota de sentido al mismo. La culpabilidad –los elementos que se sitúan ahí– quedan como un elemento extraño. ¿Por qué? Pues porque si tiene sentido prohibir lo que no puede ser castigado es porque el objeto de la pena concreta no es, sin más, la realización de lo prohibido, sino la realización de lo prohibido en determinados supuestos y por determinadas razones, esto es, objeto de pena no es toda conducta penalmente antijurídica, sino sólo una determinada clase de las mismas, las que se podrían evitar en atención a la norma misma. ¿Por qué conservar los elementos de algo que, como tal, ya no sirve para constituir el objeto de reacción penal?

En definitiva, si el Derecho penal intenta prevenir los comportamientos más graves tanto mediante la prevención general negativa, por el miedo a la pena, como por la prevención positiva, en cuanto que las prohibiciones penales refuerzan la conciencia moral (afianzan y confirman la norma), dando un motivo adicional para no incurrir en el delito (38), ¿por qué se centra luego todo en la motivabilidad por la pena? No es, desde luego, fácil de entender. Además, la función «mediadora» de la culpabilidad entre lo necesario en general y lo necesario en el caso concreto se ha perdido, lo que supone un cambio radical, pues de una función fundamentadora se ha pasado a una función limitadora, dejando excesivos interrogantes abiertos. En definitiva, ¿realmente los planteamientos preventivos supusieron tantos cambios respecto a la culpabilidad?

No es el momento de tratar dicha cuestión, pese a que resulta, en el fondo, básica. Baste decir que, en mi opinión, no. La fundamentación exigiría un espacio mucho mayor del aquí disponible y ciertas virtudes que, frente a mi maestro, el profesor Cerezo Mir, al que está dedicada esta contribución, no estoy muy seguro de poseer. En todo caso quiero terminar expresando la satisfacción que supone poder participar en un homenaje al mismo. Sólo querría, siquiera por una vez, haber estado a su altura.

---

(38) GIMBERNAT, *Prólogo* a ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión?*, p. 16, donde, además, limita la prevención general negativa al individuo concreto.



# Un problema de antijuridicidad (\*) Sobre la racionalización de los contenidos de oportunidad a través de la teoría jurídica del delito

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Aproximación al problema.–II. Presupuestos teóricos: 1. Brevemente, sobre la función de la antijuridicidad. 2. Desvalor, valor y contenidos de oportunidad. 3. Perspectivas de enjuiciamiento.–III. Solución legal.–IV. Un problema de antijuridicidad.–V. Un último comentario (sobre las dilaciones indebidas).

## I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

Si un funcionario de Policía se precipita, y en la persecución de un vehículo, que previamente ha cometido distintas infracciones de tráfico y circula de modo sospechoso dentro de nuestra capital, saca el arma reglamentaria, y en la creencia de que uno de los ocupantes del vehículo perseguido –concretamente, Alejandro Hernán V.– porta en sus manos una escopeta de cañones recortados, efectúa tres disparos hacia el portón trasero, en la trayectoria en que se encuentran sus ocupantes, y hiere gravemente a uno de ellos (1). Puede plantearse la re-

---

(\*) Este trabajo fue elaborado durante una estancia de investigación realizada entre los meses de julio y septiembre de 2005 en la Universidad degli Studi di Firenze, y es deudor de los comentarios y sugerencias realizados por los Profesores Doctores Francesco Palazzo, Roberto Bartoli y Francesco Cingari, a quienes reitero mi agradecimiento.

(1) En concreto se señala que uno de los proyectiles «atravesó el asiento trasero y después el delantero... penetró en su hemotórax izquierdo, teniendo orificio de salida en región subescapular y mamilar izquierdas, sin afectar al pulmón», SAP Madrid

solución de los hechos en sede de antijuridicidad. Incluso si, una vez que se ha detenido a los ocupantes de este vehículo, no se localiza el arma que el funcionario acusado –Miguel T. M.– dice haber visto ni vestigios de un posible uso de la misma (2). Sobre tales presupuestos, la AP apreció de forma incompleta la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, condenando a Miguel T. M. a una pena de un año y dos meses de prisión (3). Mientras que el TS va algo más allá, y aprecia un error vencible de prohibición, en relación con una posible legítima defensa, que ubica –parece– en el momento previo a la realización de los disparos, cuando el «acusado, que conducía el vehículo policial, logró ponerse prácticamente en paralelo al otro vehículo» (4), y de forma incompleta, también, la causa de justificación antes citada –de obrar en cumplimiento de un deber– (5), resultando entonces una reducción de pena de tres grados que se concretan en cuatro meses de prisión (6).

Más allá de las dudas que puedan suscitar estas soluciones (7), la distinción entre elementos esenciales e inesenciales, su diverso signi-

---

26/2001 (Sección 23.<sup>a</sup>), de 30 marzo, hechos probados, precisando que las lesiones requirieron, «además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en ingreso hospitalario durante tres días y posterior atención médica en centro penitenciario, tardando en curar 30 días». También *Vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamentos jurídicos primero, tercero y cuarto.

(2) *Cfr.* SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.<sup>a</sup>), de 30 de marzo, fundamento jurídico tercero.

(3) SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.<sup>a</sup>), de 30 de marzo, fundamento jurídico cuarto.

(4) STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico tercero, señalando que «una mayor diligencia, una menor precipitación en el desenlace, hubiera podido poner en duda la existencia de esa hipotética arma, primero, y quizás más tarde comprobar la irrealdad de algo, que fue simple apariencia».

(5) STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(6) STS 17/2003, de 15 de enero, segunda sentencia, fundamento jurídico único.

(7) En particular, que sobre los elementos fácticos descritos se acepte una doble atenuación sobre un doble fundamento justificante: error vencible sobre los presupuestos de la legítima defensa y de forma incompleta, la circunstancia de obrar en cumplimiento de un deber, *cf.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamentos jurídicos tercero y cuarto. En nuestra doctrina, con carácter general, también SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 333 ss., quien, en estos casos, aprecia un concurso de normas permisivas que resuelve –por subsidiariedad– a favor de la legítima defensa. En sentido contrario, a su vez *Vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 303 y, señalando la posibilidad de apreciar un error de prohibición sobre la concurrencia de los restantes componentes inesenciales, 366. Así también, incidiendo en el carácter específico del obrar en cumplimiento de un deber, *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando:



ficado o el tratamiento del exceso en la actuación del agente reflejan –por encima de aspectos como el apuntado– el importante grado de desarrollo que ha alcanzado el discurso doctrinal y jurisprudencial en sede de antijuridicidad (8). Sobre diversos fundamentos, se han cincelado estructuras con componentes de diversa naturaleza y significado que permiten al discurso mayoritario un importante grado de operatividad tanto en la exclusión como en la graduación de lo injusto. Sin embargo, esta categoría encuentra importantes críticas en la discusión actual. Con carácter general, se objeta al discurso mayoritario su sustento en principios –como el interés preponderante– extraños –al menos en su intensidad– a la configuración jurídica de una sociedad que prioriza al ciudadano frente a otro tipo de intereses supraindividuales (9). Sobre ello habrá que redefinir también el supuesto de hecho y el significado de ciertos requisitos. Mayor alcance se advierte en la propuesta de enriquecer este segundo peldaño de la teoría jurídica del delito con contenidos –político-criminales– de oportunidad. Se argumenta al respecto que «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse... cada uno de ellos. De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia propios de cada categoría... asegurando lo más posible su estanqueidad. Sólo en tales condiciones la incorporación de elementos político-criminales a la teoría jurídica del delito asegura un enriquecimiento del sistema de imputación paralelo a un mayor aprove-

---

«El estado de necesidad como ley general», RDPC, 2000/extraordinario 1, pp. 225 ss. Sobre los problemas de error en los presupuestos inesenciales, de forma exhaustiva TRAPERO BARREALES, María A., *El error en las causas de justificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 359 ss.

(8) A lo que no es ajeno el abundante tratamiento incluso monográfico que se ha prestado tanto a aspectos concretos, en especial, en estos últimos años, a los componentes subjetivos de justificación; como a las diferentes causas de justificación y circunstancias relevantes en esta sede. En particular, sobre la influencia de CÓRDOBA en el tratamiento jurisprudencial de la apreciación incompleta del obrar en cumplimiento de un deber, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. núm. 7, pp. 178 ss.

(9) Fundamental PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2002, *passim*. En nuestra doctrina, recientemente SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 1009 ss., quien comprende el estado de necesidad agresivo mediante una redefinición de los ámbitos de organización, especialmente *vid.* pp. 1025 ss. Con anterioridad, también *vid.* BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, *passim*.

chamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad» (10). Pues, en términos problemáticos, este último discurso –aunque sugerente– conlleva una variación sustancial del ámbito y materiales de la categoría de la antijuridicidad.

Con otras palabras, si en el supuesto anterior, suprimimos *ex ante* un presupuesto objetivo esencial de justificación, y negamos ya la necesidad del uso de violencia (11). Supongamos: pese al titubeo inicial, el conductor del vehículo se presta a seguir las orientaciones de los agentes. Y sólo *ex post* (12), una vez que se ha inmovilizado éste y que se han realizado los disparos, añadimos de forma inesperada –desarrollando algo más el ejemplo: dadas la oscuridad y distancia que separaba ambas máquinas– un arma cargada en el vehículo indicado, constatándose desde esta segunda perspectiva que el ciudadano Manuel P. esgrimía durante la persecución una escopeta de cañones recortados en términos próximos a los que arguye el funcionario acusado –Manuel T. M.– en su defensa (13). Entonces estos breves retoques no sólo pueden generar

---

(10) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.): Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 166. No obstante, también el mismo, op. cit., p. 157, matizando que es tan sólo «en la dilucidación de cuál sea el interés preponderante o en la misma configuración de alguno de los intereses en conflicto» donde pueden desempeñar «un papel importante contenidos de oportunidad». En esta línea también, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.): Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 204 ss. Igualmente, objetando a ROXIN la restricción de las consideraciones preventivas a la responsabilidad, CUERDA RIEZU, Antonio, La colisión de deberes en Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 213 ss.

(11) *Cfr.* STS 1496/2000, de 30 de septiembre, fundamento jurídico tercero; STS 1633/2001, de 18 de septiembre, fundamento jurídico quinto; STS 2466/2001, de 24 de diciembre, fundamento jurídico sexto; STS 1601/2002, de 30 de septiembre, fundamento jurídico tercero; STS 1810/2002, de 5 de noviembre, fundamento jurídico único; STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto; STS 601/2003, de 25 de abril, fundamento jurídico primero; STS 1585/2003, de 30 de diciembre, fundamento jurídico quinto; STS 277/2004, de 5 de marzo, fundamento jurídico primero, con ulteriores referencias jurisprudenciales; STS 1436/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico quinto; STS 4/2005, de 19 de enero, fundamento jurídico segundo; STS 26/2005, de 22 de enero, fundamento jurídico segundo, con ulteriores referencias jurisprudenciales; STS 112/2005, de 31 de enero, fundamento jurídico segundo.

(12) Y por tanto inexistente en términos de injusto; así *vid.* STS 1810/2002, de 5 de noviembre, fundamento jurídico único.

(13) V. SAP Madrid 26/2001 (Sección 23.ª), de 30 de marzo, fundamento jurídico tercero.

dudas *–ex post–* sobre el grado de necesidad de pena (14), también invalidan el sustento teórico de las soluciones anteriores. Porque ya no se trata de la licitud o ilicitud de la conducta o de la magnitud de injusto. Ni siquiera de la misma perspectiva de enjuiciamiento. Luego, la solución requiere una reformulación del discurso en sede de antijuridicidad.

## II. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

### 1. Brevemente, sobre la función de la antijuridicidad

La orientación de una categoría hacia la «solución social de conflictos» (15), pese a sus limitaciones (16), ofrece cierta flexibilidad a la hora de introducir en su enjuiciamiento este tipo de componentes axiológicos. Frente a la tipicidad, sujeta fundamentalmente al principio de responsabilidad subjetiva, así como también a los principios de legalidad y –en los términos de Amelung– proporcionalidad (17), parece que la configuración de este segundo peldaño de la teoría jurídica del delito se presta en mayor medida a su enriquecimiento mediante contenidos como los antes apuntados. En particular, si se trata de intro-

---

(14) Ilustrativo ya MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 70 s.

(15) En los clásicos términos de ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal* (trad. castellana e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 8, 40 y 55 ss. Más recientemente, en nuestra doctrina, *vid.* BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, cit. núm. 9, p. 37. Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, p. 279. En un sentido distinto, por ejemplo, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, pp. 145 ss., quien cede especial importancia a las posibilidades que ofrece esta categoría de contextualizar el comportamiento típico en el marco general del Derecho.

(16) Así, por ejemplo, señala SCHÜNEMANN, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en Bernd Schünemann (compilador): *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 78, que tal principio «no proporciona un valor de referencia normativo, sino únicamente un diagnóstico descriptivo».

(17) Y aun cuando los contenidos de oportunidad tienen asiento en ella –entre otros momentos– en los juicios de imputación, decisiones políticas o en la relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; así, en relación con la autoría, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, pp. 206 s., y con carácter general, pp. 208 a 210.

ducir excepciones a los mandatos y prohibiciones comprendidos en el tipo (18), o relativizar la magnitud de lo injusto mediante componentes jurídico-penalmente relevantes, aunque no se expresen en estos mismos términos –de injusto– (19).

El creciente interés por los deberes de tolerancia y su redefinición más restrictiva –a través de los deberes cuasi-institucionales, institucionales, etc.– conforme a la superestructura jurídica vigente, tampoco desautoriza posibles razones de *ultima ratio*, intervención mínima o de necesidad de pena. Simplemente, pretenden engarzar en mayor medida este marco discursivo con la constitución jurídica de nuestra sociedad, sin perjuicio de la operatividad de las específicas razones jurídico-penales en este nivel de análisis (20). Ciertamente, desde comprensiones que agotan el significado sistemático de la antijuridicidad en evitar contradicciones entre el ordenamiento jurídico-penal y el resto del ordenamiento jurídico, o en armonizar las normas de conducta que establece éste dentro del marco total del Derecho (21), se advierte más resistencia a la importación de tales contenidos. Sin embargo, si este juicio deja de ser un juicio jurídico-penal erigido sobre principios y razones propias –de forma paralela a lo que acontece en el tipo– para transformarse en un elemento de enlace con el resto del ordenamiento

---

(18) Con carácter general, *vid.* GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1983, pp. 1, 3 ss., 7, 35 ss., 55 ss., 62, 83 ss., 100 ss., 107, 114 ss., 126, 133 ss., 159, 168, 178, 189 ss., 204 ss., 224 s., 232 ss., 241, 244 ss., 255 ss. y 281 ss.

(19) Por el contrario, si se trata de agravar, las resistencias aquí no son menores que las que podamos encontrar en sede de tipicidad; *cfr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, pp. 208 a 210.

(20) Sobre ello, ilustrativo GÜNTHER, Hans-Ludwig: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. núm. 18, *passim*; si bien dentro de un marco jurídico que ofrece más resistencias en sede de ley a la graduación de lo injusto que nuestro Código Penal, como advierte con razón Díez RIPOLLÉS, José Luis: «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, pp. 114, 115 y 118 ss.

(21) Entre otros, *vid.* RUDOLPHI, Hans-Joachim: «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln, 1989, p. 372. En nuestra doctrina, por ejemplo, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 123, entiende la antijuridicidad como «algo más que la tipicidad. Supone que el desvalor de la acción y del resultado que han sido comprobados se mantienen respecto de la globalidad del Ordenamiento jurídico... Si la tipicidad es fruto de un contraste entre conducta y norma penal..., la antijuridicidad es fruto del contraste entre conducta y Ordenamiento en su conjunto».

jurídico, las posibilidades problemáticas y con ello, de atender en esta sede a razones particulares de *ultima ratio* o de merecimiento y necesidad de pena –entre otras razones– se limita enormemente. Así, mantiene Carbonell que en casos próximos al anterior, la solución de la punibilidad no «parece satisfactoria desde el punto de vista de la *justicia material*... si la conducta está justificada es porque reporta al Ordenamiento jurídico algo valioso y no tienen sentido que el Derecho trate de *motivar* para que no se realicen conductas que... quiere que se realicen... si partimos de un Derecho penal *preventivo* y no represivo, si con el imperativo de la norma penal lo que pretendemos es *evitar las conductas que reporten daños*, no debemos castigar a quienes, pese a que lo ignoraran, han realizado una conducta objetivamente conforme a Derecho» (22). La solución que propone este penalista podrá convencer más o menos. Lo que está claro es que su sustento argumental, aludiendo a razones de retribución, prevención y motivación, se dificulta en esta sede mediante una comprensión de la antijuridicidad orientada, más que a sus propias razones jurídico-penales como –las también referidas por Carbonell Mateu, esto es– el merecimiento o la necesidad de pena (23), hacia el «Ordenamiento jurídico en su conjunto».

En sede de ley, la construcción –sobre contenidos de oportunidad– de eximentes por analogía tropieza, con carácter general, con lo

---

(22) CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p. 104 (cursiva añadida).

(23) Con carácter general, ya GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. núm. 18, pp. 1 s., 15 ss., 57 ss., 80 ss., 119 ss., 131 ss., 143 ss., 154 ss., 191 a 192, 242 ss. y 251 a 256, insistiendo en la necesidad de mostrar la especificidad del concreto sector al que pertenece la categoría frente al resto del Ordenamiento jurídico. Más recientemente, el mismo, «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 46 ss. Con matices, LARRAURI PIJOAN, Elena, «Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad», ADPCP, 1996, p. 880 núm. 24; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, p. 210 núm. 44. En la doctrina alemana, con matices también, PERRON, Walter, «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 77, 81 y 85 s. Críticamente, sin embargo, cuestionando la idoneidad de la antijuridicidad como sede de la reinterpretación material de lo injusto propuesta por este autor, RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. núm. 21, p. 374. Advirtiendo de sus riesgos sistemáticos HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, trad. castellana de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 22 s.

dispuesto en el artículo cuarto número tercero de nuestro Código Penal (24). Sin embargo, su introducción en esta categoría como factores de atenuación, se ve favorecida por las importantes vías de graduación –eximentes incompletas, atenuantes, atenuantes por analogía y sus grados de apreciación– que articula nuestro Código (25). Ahora bien, la introducción en el juicio de antijuridicidad de componentes de esta clase no puede comprenderse como compensación normativa a las valoraciones realizadas en el plano de la tipicidad. Pues contenidos de oportunidad como el recogido en el ejemplo –un resultado positivo *ex post*– no afectan a la ilicitud de una conducta. Tampoco al contenido o grado de injusto. Se trataría –estrictamente, en este caso– de razones de necesidad de pena.

## 2. Desvalor, valor y contenidos de oportunidad

El enriquecimiento del discurso categorial, a través de este tipo de contenidos, no debe traducirse –por tanto– en términos de valor. La estructura tradicional de la antijuridicidad, paralelamente al tipo, sobre el valor de acción y resultado puede resultar idónea para una ponderación –compensación o atenuación– de las magnitudes –lo injusto– derivadas del grado de adecuación de la conducta a las normas o expectativas jurídico-penales relevantes en sede de tipicidad y antijuridicidad (26). En estos términos, desde posiciones próximas al finalismo, se mantiene incluso «que la existencia de la situación objetiva

---

(24) Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 213 s.

(25) Subrayando esta función, DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, p. 139. Anteriormente, ya ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito*. Estudio General, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 436, 438 y 441 s., por ejemplo. Más recientemente, también BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 36 ss.; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Edersa, Madrid, 1995, pp. 98 y 122 s.; SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 4, 6 y, con amplias referencias, pp. 66 a 69. En la doctrina alemana, fundamental, GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, cit. núm. 18, pp. 114 ss., 126 ss. y 373 ss.

(26) Sobre esta discusión, últimamente *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2002/3, pp. 391 ss.



de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la pretensión del sujeto» (27). Recientemente, también, cuestionaba GIL GIL: «Cómo puede entonces el Derecho conceder relevancia a una idoneidad no conectada a un valor de acción (intención) cuando no concede relevancia a una peligrosidad no conectada a un desvalor de acción (dolo o imprudencia)», arguyendo que «el Derecho prohíbe la realización de acciones peligrosas dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de resultados que estén sólo amparados de un modo objetivo y casual en una causa de justificación» (28). Sin embargo, una

---

(27) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 175, y en los mismos términos pp. 13, 167 ss. y 176, insistiendo en este último lugar que «así como en la fundamentación del injusto se concluye que el resultado es relevante sólo en la medida en que demuestra, por su realización, el poder de resultado de la finalidad o acción final (es decir, en cuanto desvalor del resultado), así también hay que concluir que en el ámbito del tipo de la autorización, la situación objetiva de justificación es relevante en cuanto demuestra con su existencia la “necesidad objetiva *ex ante*” de la acción final (es decir, en tanto valor del resultado). Y ello presupone, obviamente el elemento subjetivo de justificación... la mera existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la finalidad, y de que dicha irrelevancia muestra una estructura típica de injusto consumado».

(28) GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, p. 115, explicando, p. 114, que en estos casos «concorre un desvalor de acción, un desvalor de resultado y ninguno de los dos ha sido compensado... la retribución exige el castigo por delito consumado. Por otra parte, es evidente que en este supuesto el sujeto no se había visto motivado por la norma de determinación prohibitiva puesto que la había infringido sin estar obedeciendo una norma de determinación autoritativa, por ello, desde el punto de vista de la prevención especial también resulta evidente que este sujeto necesita del efecto preventivo especial de la pena para apoyar el efecto motivador de la norma que para él no fue suficiente»; en términos de prevención general, también *vid.* p. 184. En un sentido próximo CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, pp. 201 ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», en José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá (edits.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 148, señalando que «la contraposición entre norma de prohibición y norma de autorización en Derecho penal tiene la virtud de mostrar que, en ambos casos, se trata de normas de comportamiento y no de meros estados de hecho»; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 171 marg. 50. Con matices, TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, p. 254, quien distingue según se trate de supuestos en los que nadie en la misma situación del actor «podría sufrir tal ignorancia de la realidad y por lo tanto más bien nos encontraríamos ante una situación absolutamente irreal o por el contrario si se puede desprender de esa conducta realizada con el desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos materiales de justificación algún peligro para el bien jurídico y por lo tanto su conducta debe castigarse por el grado de desvalor de acción presente». En un sentido distinto tam-



cosa es que el Derecho ancle sus juicios de valor y desvalor —según esta concepción— en la intención de los actores, y otra bien distinta es la relevancia que pueda ceder a determinados aspectos objetivos y casuales con significado jurídico-penal. Así, por ejemplo, la impunidad de la inmensa mayoría de los comportamientos imprudentes intentados no se explica exclusivamente en términos de desvalor. Un factor de importante componente casual como, por ejemplo, la ausencia de un resultado lesivo se traduce directamente en términos preventivos: en términos de necesidad de pena. En la doctrina se venía señalando que este último componente, la materialización del resultado lesivo, más allá de la efectiva lesión del bien jurídico y su traducción en términos de injusto, acentúa su visibilidad y, por tanto, la necesidad de reacción contrafáctica (29). Ahora se propone desarrollar estos contenidos y, mediante su engarce en los distintos peldaños de la teoría jurídica del delito, «consolidarlos en su especificidad» (30).

La introducción expresa de nuevos materiales, que obedecen a razones diversas de la estricta dialéctica normativa entre esta categoría y la precedente, aconseja distinguir igualmente desde el punto de vista conceptual. Diferenciar cuando estamos hablando de (des)valor —o contenidos (des)valiosos— y cuando de contenidos de oportunidad. Mientras los primeros se reconducen directamente o indirectamente al

---

bién *vid.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995» cit. núm. 21, pp. 128 ss. y 129, quien entiende que «si la antijuridicidad viene determinada también por un desvalor del resultado aunque subsiste la predecibilidad objetiva del desvalor, la no concurrencia del resultado, esto es, la producción del resultado positivo, aun cuando éste no haya sido querido, debe bastar para que no haya antijuridicidad, porque falta un componente de la misma, como no hay tipicidad (injusto específico) si no hay resultado lesivo de acción o puesta en peligro del bien jurídico».

(29) Así ya MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit. núm. 14, pp. 70 s., señalando «la menor necesidad de pena resultante» en los casos de ausencia de lesión, pues «es menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la conciencia jurídica general... menos necesaria la descalificación penal del hecho ante la colectividad... la Sociedad está más dispuesta a perdonar en caso de ausencia de lesión y... por tanto, la ausencia o disminución de la pena no perjudica la prevención». Más recientemente el mismo: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 65. En términos similares, también *vid.* CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 130 ss.; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «Reflexiones en torno al injusto penal», en Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 195 s.; TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 72.

(30) *Cit.* núm. 10.

comportamiento realizado, dada la concepción personal que subyace a la tipicidad y antijuridicidad, y permiten –según la comprensión de la doctrina mayoritaria– una suerte de compensación entre sus correspondientes elementos (31), los segundos responden a cuestiones bien distintas: se trata de considerar aspectos de oportunidad –de merecimiento y/o necesidad de castigo– en sede de antijuridicidad. Desde un punto de vista problemático, la distinción de magnitudes y –como veremos también de– consecuencias permite atenuar los riesgos sistemáticos de los que nos advierte Hirsch (32) y, en definitiva, de deconstrucción del discurso experto en esta sede.

### 3. Perspectivas de enjuiciamiento

La atención a este tipo de contenidos muestra sus consecuencias, también, en las perspectivas de enjuiciamiento. La reducción de las magnitudes de ponderación a términos de injusto facilita –de forma

---

(31) Así, en relación con este tipo de problemas, *vid.* GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 133, rechazando «que en sistemas penales en los que no se admite un desvalor de resultado ni un desvalor de acción sin un valor de intención se admita, en cambio, un valor de resultado». Anteriormente también GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 15, pp. 293 s., insistiendo en que «el desvalor del acto –que es el fundamento del injusto penal– no depende de que se produzca un resultado, sino que es el desvalor de una pretensión, de una determinada dirección de la voluntad... Si eso es así en la fundamentación del injusto, ..., también habrá de serlo en su exclusión, es decir, en la de por qué un hecho típico no constituye injusto penal... En consecuencia, un hecho típico no puede quedar justificado por el mero hecho de que objetivamente sea valorable, es decir, sólo porque objetivamente concurre en su realización una situación de justificación, sino que será preciso, en todo caso, que el sujeto activo se haya percibido de que se encuentra en una situación de justificación y, por tanto, que haya realizado el hecho típico para (finalidad, dirección de la voluntad) actuar en causa de justificación... en caso contrario la lesión del bien jurídico llevada a cabo se muestra plenamente consumada»; en los casos de desconocimiento de los presupuestos objetivos LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.<sup>a</sup> ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 552, señalando que, en los mismos, «la voluntad del sujeto va dirigida a producir un resultado desvalorado por lo cual al margen de la causa de justificación subsiste el desvalor de la acción y, más concretamente, el dolo; y cuando en los delitos dolosos hay desvalor de la acción, aunque de entrada el hecho no puede consumarse por faltar ex ante el desvalor del resultado, el hecho es punible como tentativa imposible». En relación con el tipo objetivo, por ejemplo, TRAPERO BARREALES, María A.: *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 69, señalando «que si concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, en tal caso se produce la compensación del desvalor objetivo de acción».

(32) *Cit.* núm. 23.

paralela a la tipicidad— una estructuración mayoritaria de esta categoría desde una perspectiva *ex ante* de enjuiciamiento y sobre una concepción personal del valor de acción (33). En este sentido, apunta recientemente Molina Fernández que «el ejercicio de derechos debe estar sometido a las mismas normas que el cumplimiento de deberes. El sujeto debe poder determinar también cuando ejerce sus derechos si está actuando correcta o incorrectamente en el momento de llevar a cabo la acción» (34). Por esta razón la juridicidad o antijuridicidad de

---

(33) Así, proponiendo incluso la introducción de la perspectiva de enjuiciamiento en la definición legal del estado de necesidad, sugiere MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El estado de necesidad como ley general», cit. núm. 7, p. 229 núm. 58, una primera cláusula —de cinco— en los siguientes términos: «La ponderación se realizará atendiendo a las circunstancias conocibles en el momento de realizarse la acción o la omisión, tanto en lo que se refiere al mal que se trata de evitar como al que se causa». En un sentido próximo SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, «Reflexiones en torno al injusto penal», cit. núm. 29, p. 195; TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 254. No obstante, en relación con los juicios sobre el valor-desvalor de resultado, también *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 670 En este último sentido, señalando la divergencia de enjuiciamientos del desvalor de acción y resultado CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 134 ss.

(34) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, cit. núm. 33, p. 390, y en términos similares op. cit., p. 416, señalando que «la adopción de un criterio *ex ante* para medir la antijuridicidad del hecho se justifica históricamente en la necesidad de adaptar los mandatos y prohibiciones legales al nivel del hombre, y no al de un ser omnisciente. Ello conecta con la idea de la norma entendida como un instrumento directivo de conducta». En relación con las causas de justificación que imponen deberes activos op. cit., p. 387, insistiendo en «la necesidad de que el contenido del deber pueda fijarse en el momento de realizar la acción parece un requisito mínimo de racionalidad... con independencia del resultado que se derive del hecho». En términos similares, también CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. núm. 28, p. 151, señalando que «el peligro y la idoneidad del medio constitutivo del tipo de autorización deben ser valorados “*ex ante*”, esto es, conforme al observador objetivo en lugar del autor, ya que es en ese momento en el que se concreta la norma en aras de su fin preventivo, lo que excluye valoraciones “*ex post*”, que no sirven para perfilar el tipo, a comprobar “*ex ante*”»; desde la función de motivación, ROPERO CARRASCO, Julia, *La provocación del estado de necesidad en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 205, 206 y 487, por ejemplo. En la doctrina alemana, entre otros, RUDOLPHI, Hans-Joachim, «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en Bernd Schünemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 88, quien entiende que «para la permisividad de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significado si ésta —contemplada desde una perspectiva *ex post*— se muestra idónea para la salvación o no; es decir, que no es relevante que se realicen las posibilidades de salvación generadas por ella y, de tal

una conducta exige, tanto en sede de tipicidad como en esta segunda categoría, una perspectiva de enjuiciamiento *ex ante*: si se aseguran jurídico-penalmente deberes, derechos o expectativas, el momento de enjuiciamiento de su vigencia como pautas de actuación es precisamente en el que procede –de forma necesaria o facultativa– su realización. Frente a ello, los contenidos de oportunidad no imponen con carácter general una determinada perspectiva de enjuiciamiento. Las razones de oportunidad pueden surgir o constatarse con anterioridad, durante o, como en el caso de las alarmas sociales –en cuanto reflejo de posibles carencias preventivo-generales– una vez agotado el proceso lesivo.

La razón se encuentra en su diversa naturaleza: estos componentes no conforman –normativamente, mediante expectativas, etc.– los cauces posibles de lo jurídico, simplemente, se trata de razones –muchas veces accidentales y con un importante contenido de irracionalidad– (35) que por su significado pueden afectar al grado de merecimiento o necesidad de castigo de una concreta conducta. En cuanto a la procedencia de su apreciación en esta sede, y en los términos que se verán a continuación (36), entiendo que el déficit de racionalidad y en general de vinculación personal de tales razones y perspectivas, se salva a través

---

modo, se cree un valor de resultado que finalmente compense el desvalor de resultado existente. Más bien lo decisivo para el decaimiento de la antinormatividad de una conducta peligrosa en sí prohibida es, simplemente, que dicha conducta –contemplada desde una perspectiva *ex ante*– genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma». En términos similares, el mismo: «Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», cit. núm. 21, pp. 383 s. Más recientemente, sobre razones de legitimación RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Springer, Berlin, 2002, p. 594. También PAWLIK, Michael, *Der rechtfertigende Notstand*, cit. núm. 9, p. 173, insistiendo en que «die Beurteilungsperspektive muß zwar eine im Kern objektive sein, jedoch ist grundsätzlich nicht der Informationsstand ex post, sondern derjenige ex ante zugrunde zu legen», con ulteriores referencias en núm. 84.

(35) Así por ejemplo, señalando la disociación entre los datos estadísticos y las necesidades preventivas que desembocaron en Alemania en la «Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten», *vid.* LAUBENTHAL, Klaus, «Die Renaissance der Sicherungsverwahrung», *ZStW*, 116, (2004), pp. 704 s. En nuestra doctrina, también v. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *ADPCP*, 2002, pp. 286 s., 291 ss. y 298 ss.

(36) Frente a lo que he mantenido, siguiendo a LUZÓN, en el ámbito de determinación judicial de la pena: «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *RP*, 2006/17, en prensa, donde me pronuncio –quizá precipitadamente– a favor de la introducción de argumentos preventivo-generales en este último discurso.

de su contenido. En términos de libertad, nuestro discurso se ciñe –como en el supuesto antes comentado de constatación *ex post* de un resultado próximo al perseguido por la cláusula de justificación– a elementos de oportunidad de significado positivo, esto es, susceptible de justificar una reducción de la pena (37).

### III. SOLUCIÓN LEGAL

Según se ha dicho, la concurrencia de este tipo de contenidos plantea un problema extraño al juicio sobre la licitud de la conducta. La valoración de la actuación del sujeto desde los distintos parámetros de juridicidad que –también– conforman esta categoría impone una perspectiva de enjuiciamiento *ex ante* (38). Es entonces cuando se debe

---

(37) En este sentido, con razón, señala CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995», cit. núm. 21, pp. 139 s., que se trata de incrementar «la zona de libertad en detrimento de la zona de prohibición, o mejor dicho, por un incremento de la zona de libertad en detrimento de la intervención del Derecho penal... [añadiendo] donde dicha intervención no resulta necesaria por cuanto tampoco sufre la función *motivadora* o *preventivo-general*, resulta ciertamente injusto mantenerla» (cursiva añadida).

(38) Se trata, concretamente de «la perspectiva o el juicio objetivo del hombre medio ideal», TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 254. Sin embargo, pese a ello mantiene esta autora, op. cit., pp. 73 ss., como VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994, p. 132, que «el elemento subjetivo de justificación, el conocimiento de que se actúa inmerso en una situación justificante, es absolutamente necesario para posibilitar el juicio de conformidad a Derecho de una conducta que, no olvidemos, va a lesionar o poner en peligro bienes jurídico-penales». Más recientemente, también, GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 12, señalando que «para determinar la justificación es preciso tener en cuenta necesariamente la finalidad del sujeto, el contenido de la voluntad». En la doctrina alemana, últimamente RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit. núm. 34, pp. 614 s., quien entiende la justificación como «einen Unrechtsausschluss aus rechtlich vollkommener, freier Setzung des Subjekts und besteht in der wissentlichen und willentlichen Erbringung einer rechtlich positiven Leistung des Täters». En cualquier caso, se acepta que «quien decide qué comportamientos se autoriza o se prohíbe no es el sujeto, su intención delictiva no puede suplantar la decisión adoptada por el legislador de autorizar tal conducta», en palabras de TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, cit. núm. 28, p. 354. Y la acentuación de los componentes subjetivos en los términos descritos ubica el baremo para decidir la licitud de la conducta –en mayor o menor medida– en la psiquis del actor. En un sentido distinto, en el Derecho comparado, merece señalarse el artículo 59 del Codice Penale, donde se establece: «Le circostanze che attenuano o

ponderar si el uso de armas tuvo lugar total o parcialmente dentro de los cauces o términos establecidos por el Derecho y, más concretamente, «en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios» recogidos en el apartado c) del artículo cinco número cuarto de la LO 2/1986, de 13 de marzo (39). Aquí hemos puesto un ejemplo de elementos apreciables *ex post*, esto es, de elementos que aparecen una vez establecida la licitud o ilicitud de la actuación del sujeto activo y, por tanto, no reconducibles a través –de la apreciación completa o incompleta, en cualquier caso *ex ante*– de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo (40).

Como apuntamos, la apreciación de eximentes por analogía resulta bastante compleja en nuestro marco positivo. La exclusión de responsabilidad, más allá de los supuestos expresamente recogidos en nuestro Código Penal, sobre estrictas razones de necesidad de pena se encuentra con el obstáculo del número tercero del artículo cuarto del mismo (41), donde se establece la posibilidad de acudir al Gobierno

---

escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti»; sobre ello, v. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, 4.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2001, pp. 290 s. En la doctrina alemana, también JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 6/73, señalando que aquí «es geht nicht um die individuelle, sondern um die soziale Bedeutung von Verhalten, und die soziale Bedeutung ist nicht am Kopf des Täters ablesbar».

(39) Cfr. STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(40) No obstante, en un sentido distinto, *vid.* VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, cit. núm. 38, pp. 124 a 127, quien reduce los aspectos esenciales a «la presencia insuficiente de intereses preponderantes». Siguiendo al anterior CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación», cit. núm. 28, p. 158, entiende que «quien no se ha representado la situación justificante no es autor de una tentativa (= realización de una acción típicamente peligrosa para el bien jurídico), sino alguien que ha querido realizar, y ha realizado, el tipo delictivo correspondiente; sólo que, en virtud del estado resultante (valor-resultado) su antijuridicidad aparece disminuida (eximente incompleta)». Críticamente, a su vez, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, p. 204.

(41) Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG I, cit. núm. 21, pp. 213 s. No obstante, también MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 28, p. 125 marg. 43; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 124 s. Sobre esta cuestión, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, ROMEO MALANDA, Sergio, «La eximente por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto», RDPC, 2005/16, pp. 189 ss., quien siguiendo a CEREZO, pp. 195 ss., niega



en los casos de desproporción o inidoneidad del castigo «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia». Por consiguiente, cuando el significado de los contenidos preventivos impida su dilución en los márgenes resultantes de determinación de la pena, su apreciación en sede de antijuridicidad sólo encuentra franca la vía de la atenuación por analogía.

En este sentido, la cláusula del artículo veintiuno número seis facilita bastante los términos: la apreciación *ex post* de presupuestos fácticos de una causa de justificación –en el supuesto antes comentado, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo– no impide su participación en el fundamento de la misma (42). Particularmente si se comparte, pese a sus matices y excesos utilitaristas, el discurso mayoritario sobre el principio del interés preponderante (43). Basta con comparar los intereses lesionados –integridad física de uno de los ocupantes del vehículo perseguido– con los tutelados –vida, integridad física de los agentes y riesgo para la seguridad ciudadana– por la conducta antijurídica. No obstante, la explicación de esta causa de justificación sobre el marco de la relación Estado-ciudadano tampoco ofrece especial resistencia (44). Según se

---

igualmente la apreciación de eximentes por este procedimiento de integración. Sobre los antecedentes de este precepto, ilustrativo ROMEO MALANDA, Sergio, op. cit., pp. 198 ss.

(42) Cfr. FRISCH, Wolfgang, «Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements», Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 120 ss.

(43) Ampliamente, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, cit. núm. 7, pp. 83 ss., quien, siguiendo a RUDOLPHI propone, op. cit., p. 84, reorientar este principio «hacia una ponderación de las propiedades materiales –positivas y negativas– de la conducta». Con anterioridad CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal*, cit. núm. 22, pp. 64 y, más concretamente, 168 ss. En relación con el ejercicio legítimo de un derecho MESTRE DELGADO, Esteban, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas suprallegales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 150 a 153. En relación con los tratamientos curativos obligatorios, ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I, La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 384 ss. Sobre su vigencia en los marcos jurídicos de nuestro entorno, GUÉREZ TRICARICO, Pablo, «Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo», en Silvana Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá (coords.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 221 ss. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, *vid.* CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*. PG II, cit. núm. 7, p. 291.

(44) Sobre ello, con carácter general, *vid.* PAWLIK, Michael, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», ZStW, 111, (1999), pp. 348 ss. También *vid.* JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurech-*



desprende de la habilitación legal recogida en el apartado *d*) del artículo cinco número cuatro de la LO 2/1986 (45), el uso lícito de armas sólo procede, sobre el fundamento común del haz de derechos y deberes institucionales –de titularidad estatal– del que participan estos actores, en supuestos de riesgo grave para la vida, integridad física o la seguridad ciudadana. La atenuación o inocuización de los mismos, constatada desde una perspectiva *ex post*, permite una participación en el fundamento de la causa de justificación prevista en el artículo veinte número siete y, en consecuencia también, su apreciación –vía artículo veintiuno uno– como atenuante por analogía (46).

#### IV. UN PROBLEMA DE ANTIJURIDICIDAD

Según el razonamiento expuesto, ¿cómo se soluciona el anterior ejemplo, el de producción –accidental– *ex post* por parte del miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de un resultado positivo? La innecesariedad *ex ante* de los disparos impide la apreciación desde esta misma perspectiva de los requisitos objetivos de justificación (47).

---

nungslehre, cit. núm. 38, 11/5 s. En la doctrina italiana, en un sentido próximo, PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 392, quien explica el uso legítimo de las armas «sul potere di autotutela ejecutiva e diretta della pubblica amministrazione». Con carácter general, señalando la necesidad de articular el sistema de causas de justificación sobre los presupuestos axiológicos sobre los que se asienta el modelo jurídico-político del Estado, GUÉREZ TRICARICO, Pablo, «Estudio comparado de la antijuridicidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo», cit. núm. 43, pp. 210 a 211, 221, 224, 233 y 238.

(45) *Cit.*

(46) *Cfr.* STS 865/2005, de 24 de junio, fundamento jurídico noveno.

(47) En este sentido, con razón, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad», ADPCP, 1987, p. 547, señalando que «si la situación es, desde la perspectiva *ex ante*, justificante, aunque al sujeto le falte el elemento subjetivo de justificación nos hallaremos ante una estructura de tentativa irreal impune por falta de injusto», mientras que en los supuestos inversos, situaciones *ex ante* no justificantes, entiende que «habrá injusto y sólo dependerá de la efectiva concurrencia *ex post* de la situación justificante el que se castigue por tentativa o por consumación (presupuesto, siempre, que falte el elemento subjetivo de justificación)». Pareciendo equiparar contenidos de oportunidad y componentes de (des)valor, al admitir la existencia de (des)valor de resultado sin sus presupuestos de acción. En este sentido, no obstante, proponiendo una comprensión de las causas de justificación que distingue entre causas que excluyen el desvalor de resultado y causas que excluyen solamente el desvalor de acción, ampliamente, *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit. núm. 31, pp. 75 núm. 326, 76 núm. 335, 103 ss. y 597 ss., matizando, *op. cit.*, pp. 597 s., que «en sentido estricto no se puede hablar de “injusto del resultado”, ya que el (o lo) injusto es el hecho antiju-

La conducta es, por tanto, típica y antijurídica. Sin embargo, el resultado producido accidentalmente, tutela de la vida, integridad física de los agentes mediante una lesión desvalorada –esto es, infringiendo normas o expectativas de comportamiento jurídico-penales, luego *ex ante*– de la integridad física de uno de los ocupantes del vehículo perseguido, participa del fundamento de la disposición que a través del artículo veinte número siete de nuestro Código habilita a la autorización del uso de armas por parte de los miembros y fuerzas de seguridad del Estado (48). El discurso mayoritario permite una simplificación de este razonamiento: los bienes jurídicos protegidos, vida e integridad física de los agentes y seguridad ciudadana, prevalecen frente al bien jurídico lesionado, integridad física de Manuel P. Por encima de las reservas que suscita esta última postura, parece razonable que sean éstos, «los componentes fundamentales y originales de la antijuridicidad... los que deben marcar el ámbito de juego donde insertar las genuinas referencias político-criminales de la antijuridicidad» (49).

En cuanto a los márgenes de operatividad que ofrece esta vía, la posibilidad de graduación que ofrece nuestro Código: mitad inferior (art. 66.1.1.<sup>a</sup> CP), y en los supuestos de apreciación como muy cualificada, reducción de pena en uno o dos grados (art. 66.1.2.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> CP), permite responder a la importancia significativa de tales referencias: formas de manifestación, intensidad, etc. En relación con el ejemplo aquí propuesto, la concreta e importante forma de manifestación, resultado de tutela de bienes jurídicos (50), como el notable desequilibrio a favor de los bienes tutelados, invita a su apreciación como muy cualificada y a una reducción de la pena –cuando menos– en un grado (51).

---

rídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable». Críticamente, a su vez, entendiendo el desvalor de resultado como realización de desvalor de acción, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG II*, cit. núm. 7, pp. 201 ss.; GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, pp. 89, 114 a 116, 118, 119, 138 núm. 335, 140 y 168; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, cit. núm. 15, pp. 293 s.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, cit. núm. 28, p. 171 marg. 50.

(48) *Cfr.* artículo 5.4.d) LO 2/2986, de 13 de marzo. En nuestra jurisprudencia, también *vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico cuarto.

(49) Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», cit. núm. 10, p. 169.

(50) *Cfr.* núm. 29.

(51) Se aprecie únicamente un delito de lesiones dolosas del artículo 148.1.º, por la utilización de armas, así, en relación con el supuesto original, *vid.* STS 17/2003, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto, resultando una pena de prisión de uno a dos años menos un día; o, como también parece desprenderse de los hechos, en concurso ideal un delito de homicidio en grado de tentativa.

## V. UN ÚLTIMO COMENTARIO (SOBRE LAS DILACIONES INDEBIDAS)

La problemática de este tipo de contenidos no se agota en el segundo peldaño de la teoría jurídica del delito, así la actual discusión jurisprudencial sobre la incidencia de las dilaciones indebidas en sede de culpabilidad es traducible a términos paralelos (52). Sin embargo, la fricción entre la concepción tradicional de la culpabilidad como juicio de reproche orientada a la evitabilidad individual por parte del «sujeto, en la situación concreta en que se hallaba» (53) y su concepción como categoría mutable abierta a factores, incluso, posteriores a la comisión del delito (54), se ha superado mediante su –mayor o menor– apertura a contenidos de oportunidad (55). Ello no supone, por poner un ejemplo, que un estado de embriaguez en el momento del juicio permita la exención de responsabilidad jurídico-penal por parte del autor de los hechos. Simplemente, que con posterioridad al momento de comisión de aquéllos pueden acontecer factores que diluyan la trascendencia social de los mismos –incluso, el propio transcurso del tiempo– (56) o

---

(52) Sobre su evolución, recientemente, *vid.* MOLINS RAICH, Marc, «Dilaciones indebidas y culpabilidad penal», *La Ley*, 2005/2, D-94, pp. 1858 ss.

(53) CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general. III. Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 15, con amplias referencias en p. 25 núm. 48 s. Sobre la presencia de la posibilidad de evitación individual a lo largo de los cuatro últimos siglos en el pensamiento jurídico de nuestro entorno, ilustrativa MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana», *RDPC*, 2001/8, pp. 41 ss., particularmente, en el pensamiento de PUFENDORF, pp. 58 ss.; en relación con este último, señalando ya la tensión con las razones preventivas SCHÖNEBORN, Christian: «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion», *ZStW*, 92, (1981), p. 692. En nuestra doctrina, limitando la discusión a estos últimos términos, por todos, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 ss.

(54) *Cfr.* STS 934/1999, de 8 de junio, fundamento jurídico primero.

(55) Fundamental ya ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. núm. 15, pp. 67 ss.; el mismo: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlin-New Cork, 1973, pp. 47 ss. Posteriormente también JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, p. 32, «Der Zweck, der in die Schuld eingegangen ist, kann durch Schuld nicht limitiert werden, und die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe». En nuestra doctrina GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», cit. núm. 53, pp. 140 y ss.

(56) STS 2039/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico quinto, señalando el debilitamiento de «los sentimientos de reprobación que los hechos suscitaron en su día». Con carácter general, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «Extinción de la responsabilidad penal», en Luis Gracia Martín (coord.): *Lecciones de consecuencias ju-*

el merecimiento de pena por parte del actor, sea por la aflicción ya producida o porque entonces se trate de una persona “muy distinta de la que los cometió» (57).

Aunque sin duda todo ello, estas últimas razones y las anteriormente indicadas, pueden subsumirse –y obviarse– en la determinación judicial de la pena (58). Frente a las delimitaciones conceptuales, injusto frente a contenidos de oportunidad, y los cauces señalados para uno y otro tipo de materiales, es posible simplificar y reducir el problema a la imposición sin más, de una pena de diez, cinco o un año y once meses de privación de libertad. A ello empuja también la divergencia de magnitudes. En estos problemas no se trata de injusto ni de desvalor de acción o resultado, tampoco –en estos últimos supuestos– de causas de exclusión de la imputabilidad. Se trata en ambos casos de merecimiento y necesidad de pena. Constituyen problemas preventivos –sobre la idoneidad, necesidad o merecimiento de castigo– relacionados con los elementos que fundamentan –como en el ejemplo expuesto al inicio– a una de las causas de justificación o con el juicio de reproche, por poner dos ejemplos. Sin embargo, los distintos pelda-

---

*ridicas del delito*, Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004, p. 357, aludiendo a razones procesales, de imposibilidad o innecesidad de la pena, pues, apunta, que «el tiempo hace que la sociedad vaya olvidando el delito, y puede hacer que el delincuente deje de serlo»; disociando tales factores de lo injusto, también p. 359 núm. 70. Sobre la incidencia de los contenidos preventivo-generales en esta categoría, ilustrativo LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», cit. núm. 10, pp. 211 s., señalando, p. 213., el significado de factores como los apuntados en términos de merecimiento y necesidad de pena.

(57) STS 2039/2002, de 9 de diciembre, fundamento jurídico quinto. En el primer sentido indicado, STS 948/2005, de 19 de julio, fundamento jurídico tercero, señalando que «la lesión causada injustificadamente en el Derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho»; en términos similares, anteriormente *vid.* STS 934/1999, de 8 de junio, fundamento jurídico primero.

(58) Así, por ejemplo, entiende GIL GIL, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, cit. núm. 28, p. 185 núm. 436, que en los supuestos de «menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general ello sólo podría ser tenido en cuenta dentro del margen de arbitrio judicial», aunque para esta penalista, *op. cit.*, p. 185, «el castigo de estos supuestos tampoco carece de efectos desde el punto de vista preventivo general, sino todo lo contrario, por lo que no se trata de que la pena no puede intimidar a la generalidad, que sí puede, sino de si es necesaria para los fines de prevención general. Pero puesto que el fin de intimidación general no es el único fundamento y fin de la pena, aunque coincidiéramos que tal fin no es necesario en estos casos,... su ausencia no puede dar lugar a la exclusión de la pena cuando..., se dan su fundamento y resto de fines, sino que únicamente podría servir para regular la pena dentro del margen que ofrece la ley».

ños de la teoría jurídica del delito permiten una mejor graduación de la intensidad o importancia significativa de tales elementos. Por otra parte, como ya se ha señalado, «tan importante como identificar correcta y diferenciadamente los contenidos político-criminales a incluir en el sistema de imputación jurídico-penal lo es el determinar dónde deben integrarse... De ahí que lo acertado sea proceder a una identificación precisa e individualizada de los componentes de oportunidad y conveniencia propios de cada categoría... Sólo en tales condiciones la incorporación de elementos político-criminales a la teoría jurídica del delito asegura un enriquecimiento del sistema de imputación paralelo a un mayor aprovechamiento de sus potencialidades sistemáticas: La integración de los nuevos componentes en las categorías actuales no sólo las completa valorativamente sino que simultáneamente la consolida en su especificidad» (59). Por ello y, en definitiva, por la conveniencia de racionalizar siempre en mayor medida nuestro discurso entiendo preferible comprender el problema aquí tratado como un problema de antijuridicidad (60).

---

(59) *Cit.* núm. 9.

(60) En esta línea, ya *vid.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *cit.* núm. 10, pp. 204 ss. Ilustrativo, también GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», *cit.* núm. 53, pp. 158 a 160.



# Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular (i) de Derecho Penal  
de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. Antecedentes.–2. Concepto.–3. Fundamento y naturaleza.–4. Algunos problemas prácticos por la puesta en aplicación de las normativas sobre «Euroórdenes». A) No entrega por falta de garantías (Rebel- día, penas o tratos inhumanos o degradantes, tribunales de excepción, delitos políticos o militares). a.1) Principios sometidos a determinadas garantías que *debe* ofrecer el Estado emisor (art. 5 de la Decisión marco). a.2) Garantías ausentes en la Decisión marco. B) Principio de entrega de nacionales. C) Principio de irretroactividad desfavorable. D) Principio de doble incriminación. Recapitulación. E) Principio de reciprocidad en la «Euroorden». Problema constitucional español. F) Falta de armonización y homogeneidad en las legislaciones de los Estados miembros a la hora de transponer la Decisión marco.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

El objeto de este trabajo se va a centrar en el análisis de algunas de las dificultades con las que ya se han encontrado los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación práctica del instrumento que se ha calificado por muchos como «novedoso» en la cooperación judicial internacional en la lucha contra el crimen: me estoy refiriendo a la denominada «euroorden» o normativamente *orden europea de detención y entrega*.

Para comprender las dificultades que presenta esta institución, voy a explicar de manera resumida los orígenes, la finalidad y el fundamento de este instrumento de cooperación jurídica internacional, que



surge para la entrega de presuntos delincuentes o ya condenados entre los Estados miembros de la Unión Europea, y que viene a sustituir los tradicionales procedimientos de extradición que estaban vigentes entre estos Estados en virtud de los distintos Convenios Europeos que se han ido formulando desde 1957.

La «euroorden» u *orden de detención y entrega europea* se articula en virtud de la Decisión Marco de 13 de junio de 2000 (DOCE L 190 de 18 de julio de 2002), esto es, en virtud de una fuente novedosa del Derecho europeo con efecto obligatorio pero que carece del efecto directo (1); por ello, los Estados de la UE están obligados a incorporar dicha norma en sus ordenamientos en los términos estipulados en dicha Decisión marco, la cual deja en determinados puntos un gran margen de maniobra a los Estados. Este instrumento se consigue gracias a la labor intensa realizada por España, Francia, Alemania y Dinamarca en la lucha contra la criminalidad. El interés de los Estados europeos se centraba en la búsqueda de nuevos instrumentos de cooperación jurídica internacional más rápidos, ágiles y eficaces que sustituyeran a los procedimientos tradicionales de la extradición, debido fundamentalmente a la crisis que rodeaba a esta última institución (2).

Crisis de la institución de la extradición que venía dada por el complejo procedimiento que suponía la entrega de presuntos delincuentes o de ya condenados que se hallaban en un país, a otro Estado que lo reclamaba para juzgarlo o condenarlo. Procedimientos lentos que en muchas ocasiones suponía frustrar la realización de la justicia o la finalidad última de la extradición que era impedir la impunidad por el traspaso de las fronteras; por ejemplo, en algunos casos, debido a la dilación del procedimiento, se tenía que poner en libertad a un sujeto por haber transcurrido el plazo máximo de la prisión preventiva sin que se hubiera dictado una resolución ya sea denegatoria o ya sea de concesión de la extradición (3).

---

(1) Cfr: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 3, quien apunta que la causa de adoptar una Decisión marco fue el fracaso de la armonización a través de las Directivas que situaban la materia en el seno del primer pilar; así se optó por la armonización a través del tercer pilar.

(2) Cfr: Sobre los orígenes y antecedentes de la orden europea de detención y entrega, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 405 a 418.

(3) Cfr: VIDAL FERNÁNDEZ, B., «De la Asistencia Judicial Penal en Europa», en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 38 a 55, quien apunta las causas de la crisis de la institución:

Por ello, los Estados apostaban por su eliminación o sustitución por otros instrumentos en los que se agilizaran los procedimientos y se suprimieran determinados obstáculos, principios o requisitos a los que se sometía la entrega. Así se abogó por la sustitución del principio de petición que presidía los procedimientos extraditorios por el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales al que aludiré en páginas posteriores, y a fortalecer los derechos de la persona reclamada.

No hay que olvidar, que si bien es cierto que la «euroorden» se estaba gestando por los Estados desde el Consejo Extraordinario de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999 donde se proclamaba el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia de justicia e interior, la razón de su rápida adopción por una Decisión Marco de 13 de junio de 2002 fue lo ocurrido en EEUU en septiembre de 2001, esto es, los atentados contra las Torres Gemelas en Nueva York y contra el edificio del Pentágono en Washington el 11 de septiembre (4). Estos acontecimientos tuvieron una repercusión mundial en la medida en que produjo una especial sensibilización tanto en la sociedad como en los Estados respecto a la persecución a nivel internacional de los actos terroristas. Aquí es donde se puede enmarcar la adopción de este «novedoso» instrumento de cooperación jurídica internacional.

Por tanto, se puede concluir que la finalidad de este instrumento, además de los fundamentos que apuntaremos a continuación, se centra en la supresión de los procedimientos extraditorios entre los Estados miembros tanto respecto de los condenados como de los aún no juzgados, y sustituirlos por un nuevo procedimiento más rápido y ágil al suprimirse determinados requisitos del Derecho Extradicional (5).

---

la inoperancia en el espacio judicial europeo y la nueva criminalidad a la que había que hacer frente en el ámbito europeo, la organizada. Todo ello, apunta dicha autora, imponía la necesidad de incrementar el grado de colaboración entre los Estados miembros y de evolucionar de la cooperación jurídica internacional a la integración o coordinación.

(4) *Cfr.* Sobre el camino hacia la «euroorden» desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 75 a 79; GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 405 a 418.

(5) En los Considerandos de la Decisión Marco se establece: «*Conforme a las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, y en particular el punto 35, conviene suprimir entre los Estados miembros el procedimiento formal de extradición para las personas que eludan la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme y acelerar los procedimientos de extradición relativos a las personas sospechosas de haber cometido un delito*».

Así también se establece en la Exposición de Motivos de la Ley española 3/3003 que desarrolla la Decisión Marco de 13 de junio de 2002:

«(...) primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones de Tampere. (...) En este contexto los mecanismos tradicionales de cooperación judicial tienen que dejar paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza (...). La presente ley tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la Justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. (...) Se trata, por tanto, de una ley que introduce modificaciones tan sustanciales en el clásico procedimiento de extradición que puede afirmarse sin reservas que éste ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. El procedimiento de entrega que se aplicará en su lugar permitirá a partir de ahora que esta forma de cooperación judicial directa opere de manera eficaz y rápida, entre Estados cuyos valores constitucionales se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos.»

Ya desde esta delimitación breve realizada de la «euroorden» se pueden detectar algunos problemas que presenta este nuevo marco normativo, teniendo en cuenta que los procedimientos de extradición vienen a garantizar los derechos fundamentales de los individuos incurso en ellos, y su lentitud y complejidad se explicaba porque los órganos jurisdiccionales de los Estados requeridos tenían que analizar si se respetaban o no esos derechos. Así cabría preguntarse, ya desde el comienzo, si la sustitución de los procedimientos de extradición, en aras a la agilización, no supondría una relajación de garantías en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales de las personas reclamadas (6). Y es aquí donde se han planteado, ya en la práctica, estos problemas. Me refiero sobre todo a la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de julio de 2005, a la que aludiré con posterioridad.

---

(6) En este sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 412 a 413.

## 2. CONCEPTO

El artículo 1.1 de la Decisión marco nos ofrece el concepto de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional:

«La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.»

El mismo artículo en su apartado 3 señala que dicha Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión.

El artículo 1 de la Ley española 3/2003 transcribe literalmente dicho precepto de la Decisión marco:

«La orden de detención europea (en adelante, la orden europea) es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.»

A mi juicio, de la lectura del concepto de *orden de detención y entrega europea*, se puede interpretar que este presunto nuevo instrumento de cooperación jurídica internacional no se distingue del tradicional procedimiento de extradición entre Estados miembros, en cuanto finalidad, fundamento y naturaleza; esto es, constituye un instrumento de cooperación jurídica internacional que pone en relación a dos Estados, cuya finalidad es la entrega de una persona por parte de un Estado a otro para ser juzgado en este último Estado o para cumplir la condena en el Estado emisor de la orden de ejecución (7).

---

(7) En este sentido, KRESS, C., «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag. Ein Rückblick auf die ausserordenentliche Strafrechtslehrer-tagung am 7. und 8. November 2003 in Dresden», en *ZStW*, 116 (2004), pp. 462, quien afirmó que la euroorden es una forma simplificada de extradición y no suponía una revolución en Derecho Extradicional. En España también, SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81 a 90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 95; DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judi-*

Si bien hay que advertir que la terminología empleada es totalmente distinta de la utilizada para la extradición: ya no se trata de Estado requirente y requerido, sino de Estado emisor y Estado de ejecución. También algunos principios tradicionales de la extradición, como trataré con posterioridad, sufren cambios en su regulación como por ejemplo, la supresión de la doble incriminación.

Pese a estos cambios en la denominación de sus componentes, los elementos, tanto objetivos como subjetivos, de la extradición siguen subsistentes en la «euroorden». Por lo que se refiere a las características subjetivas, la «euroorden» consiste también en la reclamación de una persona física de un Estado a otro por razones penales. En la «euroorden» también siempre se pone en relación a dos Estados soberanos: el Estado emisor, que es aquél que solicita la entrega de la persona reclamada; y el Estado de ejecución que es aquél al que se solicita la entrega y bajo cuya jurisdicción se encuentra el sujeto reclamado.

Por lo que toca a las características objetivas de la extradición, también se puede constatar que pueden ser trasladadas ahora para la institución de la *orden europea de detención y entrega*. Por un lado, cabe destacar que el sujeto reclamado se encuentra físicamente bajo la jurisdicción del Estado de ejecución y como consecuencia del principio de respeto de las soberanías ajenas y del principio de territorialidad vigentes en el espacio europeo en la actualidad, el Estado emisor no lo puede detener, por lo que es necesario acudir a este mecanismo de auxilio jurídico internacional, para juzgarle o condenarle en dicho Estado. De ahí que en la Decisión marco se exija, al igual que para los procedimientos de extradición, la existencia de una pretensión penal por parte del Estado emisor [art. 8.1 c) de la Decisión marco], que se constatará por el hecho de que en la orden de detención europea deberá indicarse la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Decisión marco. Finalmente, hay que señalar que la orden europea de detención y entrega constituye, al igual que la extradición, un procedimiento reglado para

---

*cial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 217 a 222; GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M.: «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 1 a 5, hasta el punto de que dicha autora denomina a estos procedimientos de «euroextradiciones» o procedimientos rápidos de extradiciones, ya que el carácter cuasiautomático e inmediato de estos procedimientos se refieren a la detención pero no abarca la entrega puesto que ésta no va precedida de una mera orden sino de un procedimiento.

conseguir la aprehensión de delincuentes, esto es, un acto jurídico sujeto a requisitos legales, a los que los Estados intervinientes deben someterse (art. 1.2 de la Decisión marco).

Este es a mi juicio, el planteamiento que se puede llevar a cabo sobre el concepto de la *orden de detención y entrega europea*. No obstante, tanto desde la política como incluso en la propia Decisión marco y en la Ley española 3/2003, se parte de una premisa contraria, esto es, se señala y se insiste en la novedad que supone la asunción de este instrumento respecto al sistema tradicional de extradición (8). Ahora la base jurídica se encuentra en el principio de reconocimiento mutuo, casi automático, de las resoluciones judiciales (9), el cual vendría a sustituir al principio de petición que rige en los procedimientos de extradición.

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2003 apunta que:

«Este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, la orden europea de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta. De la misma forma, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro».

En mi opinión, no creo que rija para la «euroorden» el principio de reconocimiento automático de resoluciones judiciales, al menos en su versión amplia, que sería la nota distintiva de este instrumento frente a la tradicional extradición, y ello porque la ejecución de la orden europea también está sometida a obstáculos a través de la articulación de

---

(8) También en la doctrina existen posturas que defienden el cambio que supone la adopción de este instrumento. En este sentido: CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Sevilla, 2003, pp. 70 a 71; ARANGÜENA FANEGO, C., «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 14 a 15 y 94 a 95. A pesar de ello, dicha autora considera trasladable a los procedimientos de entrega la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los procedimientos extradicionales, *Ibidem*, p. 77, e incluso la posibilidad de recurrir en amparo ante una orden de ejecución dictada por un tribunal español, pese a no preverse en la Decisión marco ningún tipo de recurso, *Ibidem*, p. 82.

(9) El Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de febrero de 2004, también ya ha insistido en esta idea del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales que preside a este nuevo instrumento de auxilio jurídico internacional y que lo diferencia del método de la extradición.

requisitos legales, que deben ser examinados por parte de la autoridad judicial de ejecución para tomar la decisión sobre dicha ejecución o entrega (10). Y a mi entender, además, ésta es la postura correcta, la adopción del principio de reconocimiento mutuo o automático de decisiones judiciales en un proyecto, en la actualidad, demasiado ambicioso (11), como trataré de explicar a continuación.

### 3. FUNDAMENTO Y NATURALEZA

#### A) **Fundamento**

El principal fundamento de este instrumento de colaboración penal internacional es común para los distintos instrumentos existentes en dicho ámbito, esto es, la lucha contra la impunidad o la lucha contra la delincuencia. Es por tanto, un mecanismo de auxilio jurídico internacional que pone en relación a dos Estados y están a su vez implicados los individuos. Lucha contra la impunidad a través del traslado de individuos de un Estado a otro para que sean juzgados o que cumplan la pena en este otro Estado y que el traspaso de fronteras no constituya un obstáculo en esta lucha contra el crimen; en este punto, en nada dista del tradicional instrumento que constituye la extradición (12).

No obstante, la finalidad concreta de la creación de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional en la lucha contra la delincuencia era la de suprimir el procedimiento de extradición, que parte tanto de la doctrina científica como desde los Estados, sobre todo en el marco de la Unión Europea. Para estos sectores con la extradición se duplica el control judicial: por un lado, el del Estado requirente, que pretende bien el enjuiciamiento bien el cumplimiento de la condena; y, por otro lado, el del Estado requerido, que examina si la

---

(10) De esta misma opinión parecen decantarse, BUENO ARÚS, F. / DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, pp. 232, 233 y 235 a 236. También en DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003.

(11) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 5.

(12) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 420.



demanda de extradición está bien fundada (13). Por ello, abogan por la supresión de este último control judicial, dando lugar a la «euroorden» que consistiría, en un principio, en un mero traslado de un individuo de un Estado a otro, esto es, en una mera entrega administrativa o policial. Esta era la postura que en un principio se planteó tanto a nivel europeo como nacional.

La voluntad de la Decisión marco es, por tanto, instaurar un nuevo mecanismo de cooperación jurídica internacional que supere todas las dificultades con las que se encontraba la extradición y distinto de éste.

Esta supresión de la extradición y su sustitución por una simple entrega se fundamentaría, a su vez, en la *confianza plena* y mutua en la estructura y funcionamiento de los respectivos sistemas judiciales penales y en el respeto a las garantías de un proceso justo, *reconociendo plenamente la eficacia de las resoluciones judiciales penales*, y creando así un espacio común en materia penal. Ello es así porque se parte de la premisa de que todos los Estados miembros son Estados democráticos de Derecho y todos respetan las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (14).

Sin embargo, como apunta acertadamente Vogel, «considerada detenidamente, la confianza abstracta en las acciones penales con arreglo a Derecho en el Estado requirente es una condición fundamental en todo expediente de extradición, pero la presunción de que cada acción penal concreta en cada caso específico se ejerce con arreglo a derecho sería por el contrario ajena a la vida real y expresión de una confianza ciega que vendría abajo en una especie de suposición irrefutable del respeto a las garantías del Estado de Derecho en acciones penales ajenas (...). En consecuencia, el principio de reconocimiento no puede conducir a que en cada caso concreto no se proceda a efectuar un examen de las acciones penales ejercidas por el Estado requirente con arreglo al orden público nacional o internacional y los derechos humanos y fundamentales nacionales e internacionales. Esto equivale a decir que el Estado requerido también tiene la responsabilidad de que se mantenga dicho examen. El Estado requerido se sustrae de asumir esta corresponsabilidad si reconoce de manera incondicio-

---

(13) *Cfr.* estas opiniones en CUERDA RIEZU, A., «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 193.

(14) *Cfr.* este argumento en VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, p. 175.

nal y sin someter a examen, o sea, automáticamente, la acción penal ejercida por el Estado requirente con arreglo al principio de asimilación» (15).

El fundamento de la técnica de la «euroorden», como se sostuvo en la sesión del Consejo de Tampere, es el reconocimiento mutuo o recíproco de resoluciones judiciales (16). De conformidad con este principio, las autoridades judiciales de un Estado reconocen o asumen como si fuera propia y sin necesidad de sustituirla por una decisión del órgano propio, si concurren determinados requisitos establecidos por un tratado internacional o por una ley, una resolución dictada por las autoridades judiciales de otro Estado (17); ello se fundamenta en la idea de equivalencia y en la idea de confianza en el sistema de justicia de los otros Estados (18), como indica el apartado 10 del Preámbulo de la Decisión marco. También la Ley española 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, en la Exposición de Motivos define lo que debe de entenderse por reconocimiento mutuo en esta materia:

---

(15) VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, pp. 187 a 188; el mismo, «Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der Europäischen Union», en *JZ*, 2001, pp. 937 a 945, donde advierte de los riesgos de una confianza ciega que se rebaje a una especie de presunción incuestionable de la jurisdicción de la persecución penal extranjera, recordando que ello ni siquiera sería posible en el ámbito interno, pues en otro caso habría que renunciar al sistema de recursos.

(16) *Cfr.* sobre los orígenes del principio de reconocimiento mutuo y su plasmación normativa GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 1 a 3, quien, a pesar de detectar los defectos de su adopción, afirma la necesidad de adoptar un instrumento que permita las entregas de sujetos reclamados; apunta también que la razón de la adopción del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la Unión, aparte de la creación del mercado único, fue el fracaso en la armonización de las legislaciones penales y procesales.

(17) En este sentido, *cfr.* CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 84 a 85, quien afirma que «en lo que sí se ha producido una transformación verdaderamente notable es en el nuevo fundamento jurídico que sirve de base a la técnica de la «euro-orden», que es (...) el principio de reconocimiento mutuo o del reconocimiento recíproco (artículo 1. 2 de la Decisión marco)».

(18) En este sentido, DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001.

«La aplicación del principio de reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno. De esta forma los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial. Desaparecen, por tanto, motivos de denegación habituales en los procedimientos extradicionales, como los relativos a la no entrega de nacionales o a la consideración de los delitos como delitos políticos.»

Este principio de reconocimiento mutuo de decisiones jurisdiccionales, en el que se asienta la «euroorden», vendría a sustituir principios tradicionales de Derecho Internacional en el que se sustentaba la extradición como el principio de petición o colaboración (19). Mediante el principio de petición un Estado soberano solicita a otro la práctica de un acto jurídico y éste que recibe la petición decide si le da curso o no. Si decide darle curso, el Estado requerido hace un acto de sustitución, emana una decisión por su órgano interno que es la que va a cumplir el Estado; no va a cumplir la orden de un tribunal extranjero sino que va a examinar que se reúnen las circunstancias o los requisitos que exige su propia legislación, y su órgano interno, va a dictar una decisión que es la que va a ejecutar. Mediante el principio de recono-

---

(19) En este sentido, DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001. En cambio, desde otra perspectiva, VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001, pp. 185 a 186, apunta que la legislación en materia de extradición se ha sustentado desde siempre en un principio de reconocimiento, pues al conceder la extradición el Estado requerido, éste reconoce al mismo tiempo la acción penal del Estado requirente como base de su propia actuación. No obstante, reconoce dicho autor, que el principio de reconocimiento tiene sin duda otro significado tal y como se define en los actuales instrumentos internacionales; este principio significa, ahora, que la acción penal ejercida por el Estado requirente debe reconocerse incondicionalmente y sin someterse a examen, lo que equivale a un reconocimiento automático. Opina dicho autor, que un principio de reconocimiento de alcance tan amplio requiere una discusión y una fundamentación más detallada, sobre todo a la vista de que la administración de justicia penal en la UE sigue siendo esencialmente competencia de los Estados miembros.

cimiento mutuo de decisiones judiciales, en el tema que ahora nos ocupa, un Estado soberano reconocería y ejecutaría automáticamente la decisión judicial de otro Estado asumiéndola como propia (20).

Esta visión de la «euroorden» es por la que abogaban algunos autores, que creían necesaria la implantación de una mera entrega, incluso de una mera entrega policial sin intervención de las autoridades judiciales del Estado requerido (21). Pero según se desprende, en mi opinión, del modelo finalmente adoptado en la Decisión marco de 13 de junio de 2002, la «euroorden» no supone la plasmación del principio de reconocimiento mutuo tal y como lo he definido hasta ahora y como se pretendía establecer en un principio, es decir, de manera amplia (22).

---

(20) La mayoría de la doctrina española, a diferencia de la alemana, acogió de manera positiva el principio de reconocimiento mutuo, la supresión de la doble incriminación y, en definitiva, este novedoso instrumento de cooperación jurídica internacional, entre otros, *cfr.* FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero/abril, 2003, pp. 70 ss.; DELGADO MARTÍN, J., «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2003, pp. 288 ss.; DEL POZO PÉREZ, M., «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, pp. 1 a 24, aunque es partidaria del principio de reconocimiento mutuo automático de las decisiones judiciales, constata que esto es sólo un deseo pues hay problemas para llevarlo a la práctica con todas sus consecuencias debido sobre todo a la falta de armonización; no obstante, reconoce que la «euroorden» es todo un avance de cara a implantar este principio.

(21) En este sentido, entre otros, DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea», en BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional. Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca, 1997, p. 60.

(22) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 226 a 236, para quien se ha implantado un concepto restrictivo del principio de reconocimiento mutuo, rechazándose el concepto amplio, esto es, la autoridad judicial de ejecución debe analizar si se dan o no las causas de denegación y, en caso afirmativo, denegar la entrega; apunta dicha autora que la razón de adoptarse el principio de reconocimiento mutuo restringido es la falta de armonización en las legislaciones penales y procesales de los Estados miembros; GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 2 a 7. En contra, FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril 2003, pp. 70 y 72: aunque dicho autor al analizar los impedimentos que regula la Decisión marco para ejecutar una orden de detención y entrega habla de excepciones al principio de reconocimiento mutuo, *ibidem*,

Según el sistema implantado, es necesaria la intervención de órganos jurisdiccionales tanto en el Estado emisor como en el Estado ejecutor. Además los órganos jurisdiccionales del Estado de ejecución deben revisar las decisiones judiciales de los tribunales extranjeros para ver si cumplen o no con determinados requisitos a los que se condicionan la entrega según dicha normativa y, en consecuencia, emitir una resolución al respecto sobre si es viable o no la ejecución de dicha orden europea, por lo que no proceden a un reconocimiento automático de toda decisión extranjera (23). Sistema que no resulta muy novedoso respecto a lo establecido en la extradición en los últimos Convenios europeos sobre la materia, por ejemplo, en el Acuerdo de Schengen de 1985, en el que se suprime el sistema de petición entre los Gobiernos por el sistema de petición entre los órganos jurisdiccionales exclusivamente (24).

Por todo ello, a mi juicio, en el instrumento adoptado por la Decisión marco de 13 de junio de 2002 se incurre en una contradicción: por un lado, se afirma y reafirma el fundamento de la orden de detención y entrega europea, esto es, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; pero por otro, se establece un sistema similar, si no igual, que el regulado para la extradición al someter a examen jurisdiccional una decisión extranjera (25).

No obstante, en mi opinión el sistema finalmente adoptado me parece el correcto, en cuanto a la no implantación del principio de reconocimiento mutuo de manera amplia y automático de decisiones judiciales

---

p. 82. En similar sentido, CALAZA LÓPEZ, S., «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en [www.us.es/cidc/Ponencias](http://www.us.es/cidc/Ponencias).

(23) En este sentido, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 86 a 88, de ahí que afirme que con la «euro-orden» también rige el principio de petición entre autoridades judiciales, cuestión que le parece correcta, esto es, incide en la necesidad de un control judicial por parte de las autoridades de ejecución.

(24) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 420 a 424.

(25) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, p. 7. En cambio, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 89 a 92, afirma que aunque el objetivo sea el mismo que en la extradición, el fundamento, la base normativa y los procedimientos son distintos en la «euro-orden»; así el fundamento se centra en el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales; la base normativa en la «euro-orden» la constituye la Decisión marco y no los Tratados; y el procedimiento en la «euro-orden» es exclusivamente jurisdiccional.

en materia penal en el ámbito de la Unión –no en cuanto a la regulación finalmente adoptada en algunos aspectos–, pues su plasmación es todavía, a mi juicio, un proyecto demasiado ambicioso (26). En este sentido, comparto algunas de las críticas que se han vertido sobre el reconocimiento mutuo por parte de la doctrina alemana en el sentido de que dicho principio sólo puede ir precedido o presupone la armonización del derecho subyacente y sólo puede tener éxito en aquel ámbito en el que el Derecho material está armonizado o unificado (27).

---

(26) En la doctrina alemana también se formularon críticas respecto de este principio de reconocimiento mutuo. En este sentido, en el año 2002, 90 penalistas alemanes firmaron un manifiesto titulado «Toma de posición de los Profesores alemanes de Derecho penal respecto al Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sobre la creación de la Fiscalía europea», *cf.* al respecto CUERDA RIEZU, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Posteriormente, mediante las ponencias presentadas a la reunión extraordinaria de penalistas alemanes celebrada en Dresde los días 7 y 8 de noviembre de 2003, publicadas en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen und Alternativen», se realiza una crítica rotunda al principio de reconocimiento mutuo. En un sentido crítico se mostraron entre otros: SCHÜNEMANN, B., «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», pp. 376 a 399; FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», pp. 368 a 371. *Cf.* los argumentos a favor y en contra del principio de reconocimiento mutuo vertidos por la doctrina penalista alemana en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 2 ss y en SANZ MORÁN, A. J., «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81 a 90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005. Como señala este último autor, p. 89, ante estas críticas en la doctrina alemana, veintitrés penalistas alemanes suscribieron un texto (al que luego se sumaron un total de 123 penalistas), tras una reunión en 2003 en Bayreuth, imputando al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en el ámbito penal la vulneración de determinados derechos de los ciudadanos básicos e instando incluso al legislador alemán a que no transformara en derecho positivo interno aquellas Decisiones marco en las que pudiera constatarse una tal vulneración, como sucedería con la supresión del principio de doble incriminación. Dicha doctrina alemana también queda reflejada por DEMETRIO CRESPO, E., «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006. Argumentos de dicho texto recogidos por SCHÜNEMANN, B., «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, p. 207, quien fue uno de los redactores, y traducido parcialmente el documento por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, p. 4.

(27) En este sentido, FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», *ZStW*, 2004, pp. 368 a 369; SCHÜNEMANN, B.,



Ahora bien, se han vertido otras críticas en las que en absoluto estoy de acuerdo. Así, por ejemplo, se ha aludido por parte de algún autor alemán al déficit democrático del que adolecen las instituciones europeas para implantar normas de naturaleza penal o procesal y, por tanto, el déficit democrático que supone la adopción del principio de reconocimiento mutuo a través de la Decisión marco; en este sentido, Schünemann ha expresado que «el principio democrático garantiza al ciudadano que básicamente sólo puede ser privado de su libertad, en cuanto enemigo de la sociedad, de acuerdo con aquellas leyes penales a cuya elaboración ha podido contribuir en cuanto ciudadano activo» (28), aplicándose estas consideraciones críticas a la Decisión marco sobre la «euroorden». Respecto a estas cuestiones, efectivamente creo que al Parlamento Europeo se le debería conceder mayores atribuciones en materia legislativa y un mayor protagonismo en paralelo con los parlamentos nacionales, aunque, a mi juicio, dicho déficit democrático quedaría salvado por el hecho de que los parlamentos nacionales tienen que aprobar las leyes de transposición de la Decisión marco. Pero, por otro lado, no comparto la idea de que un ciudadano no pueda ser sometido a una ley penal en la que él no haya participado en su proceso de aprobación, pues con tal afirmación estaría-

---

«Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 193 a 209. En España, en este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 2 ss; DE HOYOS SANCHO, M., «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215 a 222; GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, p. 5.

(28) SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189, quien incluso ha afirmado que el principio de reconocimiento mutuo es «un lobo con piel de cordero» o como «un caballo de Troya», e incluso ha llegado a afirmar que si el Parlamento alemán transpusiera la Decisión marco se convertiría en un «lacayo de Bruselas», traducido por SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 86-87, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 87, quien también concluye que resulta imprescindible que el Parlamento Europeo asuma funciones legislativas tal y como lo hacen los parlamentos nacionales. Al respecto señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, p. 7, que «la subsanación del déficit democrático no tiene por qué pasar por la instauración de una democracia estatal; la conformación de una adecuada democracia supraestatal (federal) puede suponer el paso decisivo para erradicar definitivamente dicho déficit».



mos negando el principio de territorialidad de la ley penal, o el sometimiento de los extranjeros a la ley penal que infrinjan (29).

Sin embargo, es curioso y a mi juicio criticable, que dichos autores alemanes conectan esa falta de legitimación democrática, exclusivamente, con la entrega de sus nacionales que no han participado en la elaboración de las leyes del país que lo reclaman y puede que no sea delito en Alemania; dicha entrega, en opinión de esta doctrina alemana, iría en contra de los principios esenciales del Estado de Derecho por esa falta de legitimación democrática (30).

En tercer lugar, se ha criticado que la Decisión marco supone la prevalencia del orden penal más punitivo y represivo –entre otras razones por la supresión del principio de doble incriminación–, evitando cualquier laguna de punibilidad (31). Esta crítica se conecta a mi juicio con la supresión de la doble incriminación y la falta de armonización en materia penal y procesal que son las principales críticas y obstáculos para implantar el principio de reconocimiento mutuo (32).

De Hoyos Sancho explica las razones por las que quizás se han vertido tan fuertes críticas por la doctrina alemana contra el principio de reconocimiento mutuo y sus consecuencias, como es la supresión de la

(29) En este sentido, DEITERS, M.: «Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, 10, p. 360; GLESS, S.: «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116 (2004), p. 360, citados ambos autores por DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 231, quien también comparte esta crítica a Schünemann.

(30) *Cfr.* SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189.

(31) En este sentido, SCHÜNEMANN, B.: «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 186-187; el mismo, «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 202-204. En la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista Penal*, 13 (enero 2004), pp. 138-150, al señalar que «en la discusión acerca del Derecho penal europeo se echa de menos el clásico pensamiento europeo de principios, una insistencia en el significado de las garantías clásicas del Derecho penal (...); al ser la pretensión fundamental la punitivista, esto es, la de evitación de hipotéticas lagunas, difícilmente podrá evitarse que en cada una de las materias debatidas tienda a imponerse la solución más sencilla y con ello también la más laxa».

(32) En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004, pp. 4-5, quien afirma que «mientras no exista una verdadera armonización definida y consolidada del Derecho penal en la Unión Europea, tanto en la vertiente material como en la formal, se estará favoreciendo la máxima punibilidad con el menor garantismo».

doble incriminación «probablemente también exista un temor que no se manifiesta por la doctrina con claridad, pero que se puede intuir, provocado destacadamente por la ampliación de Europa hacia el Este, temor a que tal ampliación, unida al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, a la supresión del requisito de la doble incriminación y a la eliminación de la prohibición de extraditar a los propios nacionales, provoque un grave descenso del nivel de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros» (33).

Ante alguna de las críticas vertidas, con razón en mi opinión, contra el principio de reconocimiento mutuo, confirmadas con la puesta en práctica de estos procedimientos regulados por la Decisión marco sobre la «euroorden», cabe concluir, a mi entender, que no cabe sin más suprimir la extradición, pues no se debe olvidar que en la entrega de delincuentes a otros países están en juego sus derechos fundamentales (34). Habría que establecer como mecanismo alternativo un instrumento que superara las dificultades de la extradición, pero que garantizase en igual medida esos derechos (35). Parece que la Decisión marco no olvida este extremo, pues tanto en los Considerandos como en el articulado insiste en la idea de esta protección de los derechos fundamentales de los individuos en el espacio judicial europeo, como señalaré a continuación. Pero el problema de su garantía viene dado fundamentalmente en la regulación del procedimiento instaurado en la Decisión marco al suprimir determinados principios que garantizaban estos derechos fundamentales: la pretendida implantación del principio de reconocimiento mutuo, aunque en su versión restringida, y la supresión de la doble incriminación, pueden conllevar, en la actualidad, a la vulneración de principios fundamentales del Estado de Derecho y con ello a la vulneración de derechos fundamentales como el principio de legalidad, irretroactividad de las leyes penales, derecho a la libertad, a la tutela judicial efectiva... Para que esos derechos y principios se respeten, la regulación en materia penal y procesal en el ámbito europeo debe pasar primero por la armonización de las legislaciones penales y procesales en aras a garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica; ello fo-

---

(33) DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, p. 229.

(34) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 420-424.

(35) En este sentido, VOGEL, J.: «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 185, 188-191.

mentaría a su vez el principio de confianza (36) y se estaría en condiciones ya de adoptar el principio de reconocimiento mutuo rodeado de todas las garantías del Estado de Derecho (37).

CUERDA RIEZU también enfatiza sobre la protección de los derechos fundamentales en los procedimientos de entrega de un Estado a otro, ya que en su opinión «la simple entrega no puede ser llevada a cabo si no se cumplen al menos dos condiciones: la legalidad, es decir, que venga prevista en un tratado o en una ley; y la jurisdiccionalidad, esto es, que se permita el control judicial no sólo del procedimiento extraditorio sino ante todo de la entrega y de los derechos fundamentales que puedan resultar implicados en la misma» (38). Y ello es debido a que la entrega de un ciudadano a otro Estado miembro «no sólo afectaría a sus derechos a la libertad (art. 17 de la Constitución española) y a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 ó 17.4 de la Constitución española), sino también y además a su derecho a la libre circulación (art. 19 de la Constitución española)» (39).

---

(36) Principio de confianza que es la base que fundamenta la adopción de la Decisión marco y el argumento utilizado para suprimir determinados principios garantistas en los procedimientos de extradición: se afirma que en el ámbito de la Unión Europea no se vulneran derechos fundamentales pues todos los Estados son Estados de Derecho y respetuosos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, pues si eso fuera cierto ¿qué labor tendrían los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Además como dato adicional cabe citar una noticia de prensa según la cual un informe de la UE denuncia la concentración de medios en Italia, en el sentido de «riesgo de grave violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información por una situación de concentración de poder mediático en manos del presidente del Consejo (Berlusconi)...», *cfr. El País*, de 27 de septiembre de 2003. O la noticia aparecida en *El País*, de 6 de septiembre de 2003, sobre la condena a España del Comité de Derechos Humanos de la ONU por vulnerar por segunda vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se refiere al derecho a la doble instancia penal. *Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 426.

(37) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215-217; dicha autora apunta, no obstante, en p. 212, que el futuro de la cooperación depende del grado de confianza mutua que haya entre los Estados y de esto depende a su vez el éxito del principio de reconocimiento mutuo. Creo que no sólo basta con la confianza entre los sistemas legales de los Estados miembros, sino que para que exista tal confianza es necesaria la armonización entre los ordenamientos jurídicos.

(38) CUERDA RIEZU, A.: «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 197; CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, p. 111.

(39) CUERDA RIEZU, A.: «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002, p. 197.

En la misma línea de pensamiento cabe destacar la posición de la profesora PÉREZ MANZANO, que hace igualmente hincapié en la protección de los derechos fundamentales en los procedimientos de entrega y en el control jurisdiccional que se debe de llevar a cabo en el Estado requerido, incluso entre Estados miembros de la Unión Europea. Es de reseñar los argumentos que destaca dicha profesora para defender ese control incluso en el ámbito europeo: por un lado, resalta la cantidad elevada de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de condena de los distintos Estados de la Unión Europea; en segundo lugar, apunta que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impuesto a los Estados partes la obligación de examinar las demandas extradicionales provenientes de otros Estados partes para ver si respetan los derechos fundamentales; y en último lugar, frente al argumento de los que defienden la supresión de la extradición en el ámbito europeo basado en la confianza que debe de existir entre los Estados miembros, resalta que la desconfianza existe en el propio orden interno, debido a la existencia de Tribunales Constitucionales como garantes de la Constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a vulneraciones individuales por parte de alguno de los tres poderes del Estado (40).

Con lo expuesto quiero denotar que la supresión de la extradición y su sustitución por una simple entrega basada en el principio de reconocimiento automático de decisiones judiciales no es posible según nuestro ordenamiento y según el de muchos Estados de la Unión Europea, pues, en el concreto caso español, nuestros tribunales tienen que intervenir necesariamente, ya que no sólo se le está privando de libertad al sujeto sino que están en juego otros derechos fundamentales, debiendo examinar la solicitud de cara a garantizar dichos derechos y principios (41).

---

(40) Cfr. PÉREZ MANZANO, M.: «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003, pp. 390-391.

(41) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 232-236, 238-246, este análisis por parte de las autoridades judiciales de ejecución del respeto de los derechos fundamentales se hace necesario debido sobre todo a la falta de armonización en cuanto a las legislaciones penales, procesales y a la falta de homogeneidad en cuanto al entendimiento e interpretación de los derechos fundamentales; no obstante, apunta dicha autora que ello no puede suponer la imposición de un sistema penal o procesal de un Estado miembro a otro, sino que el parámetro debe ser lo que se conoce como «orden público europeo», es decir, el conjunto de derechos y libertades básicas, junto con sus respectivas garantías tal y como aparecen

Como ya he señalado, la Decisión marco que regula la «euroorden» insiste en la idea de que en estos «nuevos» procedimientos se deben garantizar los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el apartado 8 del Preámbulo de la Decisión marco se establece, en primer lugar, que las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea deberán ser tomadas por una autoridad judicial del Estado miembro en el que ha sido detenida dicha persona, con lo que se desecha la mera entrega policial y se someten al órgano judicial. En el artículo 1.2 de la Decisión marco se establece que los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco, por lo que se sujeta la entrega al principio de legalidad (42). En el artículo 1.3 de la Decisión marco se establece la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos también fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, con lo que se puede entender que existe una remisión implícita a los Convenios sobre Derechos Humanos.

En igual medida, el apartado 12 del Preámbulo añade que la «euroorden» no debe ser ejecutada cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. También se advierte que dicha Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, así como de las libertades de asociación, prensa y expresión. El principio *non refoulement*, aparece reflejado en el apartado 13 del Preámbulo de la Decisión marco al prever que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (43).

---

en el CEDH y según la interpretación realizada por el TEDH (también alude al PIDCP, según también pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU). En virtud de estos Convenios, apunta dicha autora, se puede denegar una entrega por causa no prevista expresamente en la Decisión-Marco.

(42) Sometimiento al principio de legalidad y control judicial imprescindibles, también a juicio de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 314-317.

(43) Cfr. FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, 2003, núm. 14, p. 86, quien

Al igual se garantizan los derechos a ser oído ante la autoridad judicial, así como la asistencia por Letrado, y en su caso, por intérprete [arts. 14, 11.2, 13.2, 27.3 f) y 28.2 b) de la Decisión marco]. El tema de los plazos de la detención y prisión provisional queda relegado por la Decisión marco, a la regulación interna que debe realizar los distintos Estados a la hora de incorporar este instrumento a su ordenamiento interno. No obstante, los artículos 12 y 23.4 de la Decisión marco, se refieren a esta cuestión (44).

El artículo 5.1 de la Decisión marco faculta a los Estados a que la ejecución de la orden de detención europea quede supeditada al cumplimiento de ciertas garantías. Dicho artículo regula la cuestión de las sentencias en rebeldía en el sentido de que la entrega podrá supeditarse a que la autoridad judicial emisora dé garantías de que la persona buscada tendrá la posibilidad de un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa y estar presente en la vista. La Decisión marco ofrece una definición de sentencia en rebeldía: si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y del lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía.

Otro aspecto relacionado con la protección de los derechos fundamentales en la Decisión marco sobre la «euroorden» es la posibilidad de condicionar la entrega de la persona buscada cuando la infracción que motiva la «euroorden» esté castigada con cadena perpetua o con una medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad. De esta manera, la ejecución podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición, o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida.

Todo el articulado expuesto de la Decisión marco nos muestra la preocupación constante por la protección de los derechos fundamenta-

---

respecto de estos Considerandos de la Decisión marco apunta que los Estados miembros al transponer dicha normativa a sus ordenamientos internos podrían reintroducir en su legislación cláusulas de este tipo, aunque no figuren entre las causas de denegación explícitamente enumeradas.

(44) *Cfr.* sobre esta cuestión, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euroorden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 106-107, quien recuerda que pese a que la Decisión marco no distingue entre detención preventiva y prisión provisional, la ley interna de desarrollo española sí debiera hacerlo para no vulnerar nuestra Constitución.

les del individuo, al someter estas cuestiones a examen por la autoridad judicial del Estado de ejecución (45), con lo que el principio de reconocimiento automático de decisiones judiciales no está presente en este nuevo instrumento. Sin embargo, toda esta normativa garantista se desvanece con algunas de las regulaciones que realiza a continuación la mencionada Decisión. En primer lugar, hubiera sido deseable, en mi opinión, que algunas de estas cuestiones tendentes a proteger los derechos fundamentales del individuo que se incluyen en los Considerandos de la Decisión Marco o en la Exposición de Motivos de la LO 3/2003 española de transposición, pasaran a formar parte del articulado, sobre todo, teniendo en cuenta la posible ampliación de la Unión Europea a los países del Este de Europa. En algunos de estos países, la vulneración de derechos fundamentales ha sido reconocida por numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En segundo lugar, la supresión de la doble incriminación impuesta por la Decisión marco, supone que en la práctica los Estados no puedan respetar, en mi opinión, algunos derechos fundamentales del individuo y algunos principios del Estado de Derecho, reconocidos en nuestra Constitución. Ello debido fundamentalmente a la falta de armonización. Por ejemplo, ¿cómo un Estado va a entregar a un individuo, ya sea nacional o extranjero, por un delito que no está tipificado en su ordenamiento, a otro Estado que lo reclama? o ¿cómo un Estado va a entregar a un sujeto por hechos no típicos en el momento de su comisión a otro Estado, por el hecho de que la solicitud de entrega se realice en un momento posterior al mes de enero de 2004? Y todo ello sin infringir preceptos constitucionales ni los Convenios sobre la protección de los derechos fundamentales.

## B) Naturaleza

Respecto de la naturaleza, creo que este instrumento tampoco dista de la tradicional extradición (46). En primer lugar, la orden de

---

(45) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 105-106.

(46) En este sentido, GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M.: «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006, pp. 6-8. También el Tribunal Constitucional español en los Autos 388/



detención europea constituye un procedimiento jurisdiccional para conseguir la aprehensión de delincuentes dentro del espacio común europeo, es decir, con intervención de los órganos jurisdiccionales que garantizan el respeto de los derechos fundamentales de los individuos puestos en juego en estos procesos. Intervención exclusiva, en lo que al poder de decisión se refiere, de los órganos jurisdiccionales ya establecida en el Acervo Schengen para los procedimientos de extradición. En segundo lugar, es un procedimiento reglado, esto es, la decisión sobre la ejecución de la «euroorden» está sujeto al principio de legalidad, sólo se puede basar la ejecución o no en la Decisión marco y en la ley interna que la desarrolle (art. 1.2 de la Decisión marco). Igual principio, el de legalidad, rige para la extradición previsto en el artículo 13.3 de la Constitución española, no obstante, aquí la diferencia se basa en la fuente, la extradición se rige por el Tratado o por la ley; la «euroorden» se regula por dicha Decisión marco y por las leyes internas que la desarrollan. En tercer lugar, la «euroorden» supone un acto de asistencia jurídica internacional, supone el reconocimiento del respeto al *ius puniendi* de otro Estado; en virtud de esta nueva fuente del Derecho, la Decisión marco, consensuada y adoptada por todos los Estados miembros, se impone la obligación de entregar al sujeto tan pronto como se cumplan los requisitos pactados.

La novedad, como ya he señalado, es la elección de una nueva fuente de desarrollo para el establecimiento de este «nuevo» instrumento de auxilio jurídico internacional. Nueva fuente del Derecho europeo introducida por el Tratado de Ámsterdam en el Tratado de la Unión Europea. El nuevo artículo 34.2 *b)* del Tratado de la Unión apunta que las Decisiones marco van dirigidas a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y su finalidad es la de obligar a los Estados en cuanto al resultado que

---

2004, de 18 de octubre y 139/2005, entiende que «la doctrina mantenida por este Tribunal en los casos de extradición pasiva (...) resulta de aplicación a los casos de orden europea de detención y entrega puesto que esta institución se configura legalmente como sustitutiva del sistema de extradición entre los países firmantes del Convenio Europeo de Extradición», y «concorre una relación analógica entre ambas instituciones». En contra parece haberse pronunciado la Audiencia Nacional en el Auto de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal, de 3 de junio de 2004, al apuntar que «la orden europea de detención y entrega supone un instituto jurídico o un marco normativo absolutamente distinto a aquel que deroga de manera expresa, siendo que este nuevo sistema tiene una filosofía, una finalidad y en suma unos principios habilitantes claramente diferenciados y novedosos de los contemplados en el Convenio Europeo de Extradición y Convenios que lo ha completado».

deba conseguirse, facultando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Hay que señalar que las Decisiones marco no tienen efecto directo (47).

La adopción de dicho instrumento presenta sus ventajas e inconvenientes. Por un lado, la ventaja fundamental de adoptar esta nueva fuente en detrimento de los tradicionales Tratados que se adoptaban para llevar a cabo las extradiciones, es que se impone a todos los Estados miembros. El problema que existía frente a la extradición en Europa, es que si bien se intentó reformar para superar sus defectos a través de los últimos Convenios de extradición de 1995 y 1996, los Estados no ratificaban dichos Convenios, existiendo múltiples fuentes a aplicar, dependiendo de los Estados incurso en los distintos procedimientos (48). Con la Decisión marco se pretende conseguir una codificación de las normas en cuanto a este mecanismo de auxilio jurídico internacional, pues obliga a todos los Estados partes a desarrollar dicha norma en su ordenamiento (49).

El inconveniente de este instrumento es que deja bastante margen de maniobra a los Estados a la hora de incorporar dicha norma en su ordenamiento (50). Dicha Decisión marco establece cláusulas facultativas que otorgan a cada Estado la facultad de regular, como ellos estimen pertinente, determinadas materias en las que, en algunos casos, están en juego los derechos fundamentales (51).

---

(47) *Cfr.* sobre este nuevo instrumento, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 14, nota a pie 2.

(48) Sobre los inconvenientes de la adopción de Tratados internacionales, *cfr.* FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANI, C.: *Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003, p. 151.

(49) *Cfr.* sobre las ventajas de adoptar este nuevo instrumento, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 82-83.

(50) Ello debido fundamentalmente a que dicho instrumento no admite las reservas que se pueden estipular para los Tratados internacionales. Ello explica también que la Decisión marco sobre la «euroorden» suponga un retroceso en algunos aspectos respecto a la regulación existente en la extradición. Sobre este punto, *cfr.* CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 83-84, quien cita como retroceso en dicha regulación la previsión de la no entrega de nacionales o la reentrega a otro Estado miembro.

(51) Ello implica que las legislaciones internas de desarrollo deben proceder a hacer uso de dichas cláusulas facultativas, incorporando, como estimen pertinentes, los principios recogidos en ellas. Lo deseable, a mi juicio, hubiera sido que a través de la legislación interna se ofreciera mayor seguridad jurídica a los individuos implica-

Con ello, se corre doble riesgo: el fracaso en la codificación y la no homogeneidad, pues si cada Estado lo regula de diferente manera, van a existir tantas fuentes de la «euroorden» como Estados miembros haya (52); y el olvido del respeto de los derechos fundamentales en estos procedimientos en los que la Decisión marco realiza especial hincapié. Ejemplo de esto último, por ejemplo, lo muestra el hecho de la cláusula facultativa a través de la cual se regulan las condenas en rebeldía: los Estados pueden o no regularlo en su ley interna, si no lo regulan se corre el riesgo de que el derecho a un proceso con todas las garantías quede sin protección como ha ocurrido en el caso español. Riesgos que ya son una realidad por el proceder de los Estados a la hora de transponer dicha normativa a sus ordenamientos respectivos.

#### 4. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS POR LA PUESTA EN APLICACIÓN DE LAS NORMATIVAS SOBRE «EUROÓRDENES»

##### A) **No entrega por falta de garantías (Rebeldía, penas o tratos inhumanos o degradantes, tribunales de excepción, delitos políticos o militares)**

###### a.1) *Principios sometidos a determinadas garantías que debe ofrecer el Estado emisor (art. 5 de la Decisión Marco)*

A mi entender, en el artículo ahora tratado de la Decisión marco, concurre una grave contradicción que da lugar a ambiguas interpretaciones peligrosas desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Por un lado, el título del artículo se refiere a las garantías que *deberá* dar el Estado miembro emisor en casos particulares. Aquí parece que estamos ante normas imperativas que impone la Decisión marco, en determinados casos, al Estado miembro emisor,

---

dos en estos procedimientos que lo que realmente ofrece la norma comunitaria. *Cfr.* al respecto, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 124-127, quien critica el excesivo arbitrio judicial que otorga la Ley española 3/2003, que desarrolla la Decisión marco, y que podría suponer la vulneración del principio de igualdad.

(52) En este sentido, LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 309-310.

sin que quepa cierto margen de maniobra. Pero por otro lado, de la redacción del precepto parece desprenderse todo lo contrario, esto es, literalmente establece:

«la ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes...»

Por tanto, aquí parece que la Decisión marco se remite a lo que el Derecho interno, a la hora de incorporar dicho instrumento, establezca al respecto, dejando al arbitrio de los Estados la exigencia o no de dichas garantías. Creo que esta última interpretación es la correcta según el tenor literal. Ahora bien, creo que es desacertada dicha regulación, pues teniendo en cuenta algunos de los supuestos a los que se puede supeditar la entrega, como la condena en rebeldía y la cadena perpetua, debería haberse previsto de manera imperativa, pues en estos casos, a mi juicio, están en juego derechos fundamentales de los individuos que los Estados deberían de garantizar.

En efecto, haciendo uso de la facultad que otorga la Decisión marco a los Estados a la hora de incorporar las exigencias de dichas garantías, nuestro legislador español en la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la *orden europea de detención y entrega*, no ha incorporado la exigencia de la garantía que, a mi juicio, debiera revestir la entrega de los condenados en rebeldía. Existe una explicación política para entender dicha supresión; hay que recordar que en España causó mucha alarma social la denegación de la extradición de los capos de la mafia italiana. También hay que recordar que los Tratados, que no entraron en vigor, firmados entre España e Italia venían a solventar este problema en aras a la entrega a Italia sin obstáculos de los condenados por ella en rebeldía. De ahí que el Gobierno español, de aquél entonces, viera la luz, al ver el margen de maniobra que le otorgaba la Decisión marco y decidir, finalmente, suprimir dicho obstáculo para la entrega (53). No obstante, es del todo criticable a la vista de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional

---

(53) Omisión criticada entre otros por, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003, p. 9; ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 75; PÉREZ MANZANO, M.: «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003, pp. 415-416.

sobre los condenados en rebeldía y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exigen unas garantías para la entrega con el fin de que el derecho a un proceso justo no se vea lesionado (54). De todas las maneras, dicha laguna habrá de resolverse a la luz de los Convenios sobre protección de los derechos fundamentales y de los pronunciamientos de los órganos mencionados (55).

No obstante, en mi opinión, la regulación de la Decisión marco, en cuanto a la entrega de los condenados en rebeldía, se queda escasa por dos motivos principalmente. En primer lugar, en cuanto a la garantía que se les debe conceder a los condenados en rebeldía al condicionar sólo dicha entrega, o mejor dicho, la ejecución de la orden europea en los casos en los que los sujetos no hayan sido citados personalmente. Puede que el sujeto haya sido citado y le hubiera sido imposible físicamente comparecer en el juicio. En estos casos nada se garantiza en cuanto al derecho a un proceso justo (56). En segundo lugar, porque la prestación

---

(54) *Cfr.* sobre el silencio de la Ley española 3/2003 que guarda de las sentencias en ausencia GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 455-459. Cabe recordar que nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de las condenas en rebeldía en varias ocasiones. En Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1983, *Caso Korkala*, afirma que una sentencia dictada en rebeldía es absolutamente inválida como título de extradición. Las SSTC 147/99, de 4 de agosto, 91/2000, de 3 de marzo y 162 y 163/2000, de 12 de junio, establecen que tanto desde el punto de vista interno como internacional no se puede juzgar y condenar a un sujeto sin estar presente cuando se trata de delitos graves; con lo que no se puede entregar, de forma incondicionada a un sujeto a un Estado para que cumpla la condena por un delito grave sin haber estado presente en el juicio. Ello porque afecta al contenido absoluto del derecho fundamental a la dignidad humana. De acuerdo con esta doctrina, en mi opinión, por aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que impone en el artículo 6 el derecho a una defensa, se debe denegar la entrega de los condenados en ausencia cuando la legislación del Estado emisor no permita la restitución de esos derechos; por el contrario, se debía conceder, en aras a la cooperación internacional y a la protección de los derechos fundamentales, cuando el Estado requirente dé garantías, o su regulación lo permita, de la celebración de un nuevo juicio o la posibilidad de recurrir para dar audiencia al reo y permitirle los medios de defensa que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(55) En este sentido, BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 238, para quienes la Audiencia Nacional tendrá que acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional español respecto de la extradición de condenados en rebeldía para resolver las peticiones de ejecución de órdenes de detención y entrega de sujetos condenados en ausencia.

(56) *Cfr.* al respecto, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 50, nota a pie 78, para quien se echa en falta, no obstante, en la Decisión marco, la inclusión de la exigencia de una mención

de garantías por parte del Estado emisor debiera de imponerse y no dejarlo a la regulación facultativa por parte de los Estados miembros a la hora de desarrollar dicha normativa en sus ordenamientos.

a.2) *Garantías ausentes en la Decisión marco*

La prohibición de entrega cuando el sujeto vaya a ser juzgado por Tribunales de excepción es un principio consagrado en Derecho extradicional y que no está regulado en la Decisión marco sobre la «euroorden» como obstáculo a la entrega. La prohibición de los tribunales de excepción viene impuesta por nuestra Constitución en el artículo 117, también reconocido por normas internacionales como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El fundamento de tal prohibición sería el derecho a un proceso justo con todas las garantías, considerando que estos tribunales de excepción no garantizan los principios de imparcialidad e independencia.

Dicho principio no estaba regulado en los Convenios europeos de extradición y, por ello, era criticada esta laguna. No obstante, numerosos Estados formularon reservas en el sentido de no extraditar cuando el sujeto fuera a ser juzgado por un tribunal de estas características. Es lógico que en la Decisión marco no se regule este extremo, pues se supone que dichos tribunales no existan en los países de la Unión Europea al ser todos Estados democráticos y de Derecho. No obstante, no hay que olvidar la ampliación que puede experimentar la Unión Europea en los próximos años, donde pudieran darse estos tribunales de excepción. En tales casos, dichos tribunales estarían prohibidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; en virtud de esta norma, los Estados miembros deberán denegar la entrega a los países donde existiesen este tipo de tribunales.

Normalmente, en los Convenios de extradición se prevé un condicionamiento a la entrega en los casos en los que el sujeto vaya a ser sometido a la pena de muerte o a penas que atenten contra su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes. La entrega se sujeta a que dichas penas no serán ejecutadas. Su fundamento reside en

---

en cuanto al derecho a interponer recurso y sobre el procedimiento aplicable, algo inexplicable, a juicio de dicha autora, a la vista del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que garantiza el derecho a la defensa. Apunta dicha autora, que en nuestro ordenamiento no se plantearían problemas al respecto, debido a que en nuestro sistema la condena en ausencia siempre dispone de la garantía añadida que supone la posibilidad de recurrir en anulación, ante el superior jerárquico, para tratar de obtener la rescisión de la sentencia de condena y, en su caso, la celebración de un nuevo juicio.

el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios internacionales. De esta manera se regula en el Convenio Europeo de Extradición de 1957, artículo 11, donde se impone la no concesión de la extradición en el caso de que el sujeto fuese a ser sometido a la pena capital, a no ser que el Estado requirente diese garantías de no ejecutarla.

En el ámbito europeo el Protocolo VI de 28 de abril de 1983 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, al igual que el Protocolo al Tratado de Ámsterdam de 1997. También la garantía de la prohibición de la pena de muerte o de las penas que condenen a tratos inhumanos o degradantes se halla recogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el texto de la Constitución Europea.

Por ello, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación territorial de la Decisión marco, el ámbito europeo, y, además, que ninguno de los países miembros del Consejo de Europa y que han adoptado la Decisión marco no tienen en sus legislaciones la pena de muerte como consecuencia jurídica del delito, no veo inconveniente en suprimir dicho condicionamiento en la normativa que debe regular la orden de entrega europea en los Estados miembros.

Otras de las cuestiones no reguladas explícitamente en el articulado de la Decisión marco es el principio de no entrega cuando en el Estado emisor la persona pueda someterse a penas que atenten contra su integridad y que vulneren el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, hay que recordar que el artículo 1.3 de la Decisión marco establece la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. También, como he señalado con anterioridad, en el Preámbulo se recoge el principio *non refoulement*, que hace referencia a esta cuestión.

No obstante, la Audiencia Nacional ha considerado en el concepto de pena o trato inhumano y degradante a la pena de muerte, a la cadena perpetua (cuestión a la que sí se hace alusión en la Decisión marco) y a los trabajos forzados. Dicho órgano jurisdiccional tiene en cuenta para determinar el carácter inhumano y degradante de la posible pena a cumplir, si el país solicitante es Parte de los Convenios sobre protección de Derechos Humanos; en caso afirmativo, suele entregar a dicho sujeto sin más condicionamientos.

Hay que partir, que la prohibición de infringir tratos inhumanos o degradantes constituye una norma de Derecho internacional y que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo



han aceptado varias solicitudes de reclamados en extradición acogiendo sus alegaciones en cuanto que, en caso de entrega, podrían ser expuestos a tratos inhumanos o degradantes en el Estado requirente.

Dicho condicionamiento no estaba previsto en el Convenio Europeo de Extradición, laguna resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al hacer una interpretación extensiva a los reclamados en extradición del artículo 3 de la Convención Europea, que impide que nadie sea sometido a tortura ni a penas inhumanas o degradantes.

Resulta curioso, que la Decisión marco en su Preámbulo, Considerando número 13, señale que: «*nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*», dado que dicha norma no se dirige a regular ni las expulsiones ni las extradiciones (57), sino las entregas entre Estados miembros de personas perseguidas por la justicia, a las que no se hace alusión en dicha prohibición y quizás sea ésta la causa de no incluir dicha prohibición en su articulado entre las causas de denegación de la entrega (58). No obstante, dichas prohibiciones vienen impuestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos también para las entregas entre Estados miembros (59).

Hay que recordar que en el ámbito europeo la cláusula tradicional de denegar la extradición por delitos políticos ya se suprimió en el Convenio Europeo de Extradición de 1996, bajo el argumento de que todos los Estados miembros eran Estados democráticos y de Derecho

---

(57) Para LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, p. 346, dicha cláusula se dirige a los supuestos de reextradición a un tercer Estado.

(58) *Cfr.* LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 344-350, quien explica tal omisión bajo el fundamento de que en el ámbito europeo donde se va a aplicar la Decisión marco no existen, con carácter general, los tratos inhumanos o degradantes, ni la persecución por delitos políticos, ni el enjuiciamiento por tribunales de excepción; de ahí que se puedan suprimir tales excepciones a la entrega bajo la vigencia del principio de confianza recíproca.

(59) Esta parece ser también la postura de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 317-319, quien afirma que en ausencia de una regulación específica sobre los motivos que pueden dar lugar a una denegación de ejecutar la orden de detención y entrega, ésta se puede basar en el principio de prevalencia de los derechos fundamentales. Dicho autor lo aplica, por ejemplo, en el caso de mayores de edad que cometieron el hecho delictivo cuando eran menores; también para el caso de inimputables.

en el que se respetaban los derechos fundamentales del individuo y no había persecución política (60).

Esta tendencia se confirma en la Decisión marco, en la que no se prevé ninguna causa de denegación por dichos motivos. Además, en el Preámbulo, Considerando número 12, se establece:

«La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios».

Con ello se quiere mantener la misma línea que la seguida hasta el momento en el ámbito europeo, esto es, no prever como excepción a la entrega el que el sujeto sea acusado o condenado por un delito político. Y ello por el mismo motivo apuntado con anterioridad, se presume, sin que quepa prueba en contra, que en los Estados europeos se respetan los derechos fundamentales y no hay persecución de los individuos por motivos políticos. De todas formas, en mi opinión, se podría alegar el Convenio Europeo de Derechos Humanos para denegar la entrega si se sospechara la presencia de una persecución política.

## **B) Principio de entrega de nacionales**

Respecto de esta cuestión en el nuevo marco jurídico europeo que constituye la Decisión marco, lo primero que llama la atención es su

---

(60) Supresión de la excepción a la entrega por delitos políticos alabada por ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 20.

novedosa regulación con relación a lo establecido en los últimos Convenios de extradición y, en concreto, respecto del Convenio de 1996. Parece que en este último instrumento se había superado el principio de no entrega de nacionales cuyo fundamento se centraba en la confianza en las administraciones de justicia de los demás Estados miembros (61). Pues bien, debo reiterar que la regulación de este nuevo instrumento de cooperación jurídica internacional se basa, ante todo, en la confianza en las legislaciones y en las administraciones de justicia de los demás Estados, de ahí que en la base de esta adopción aparezca el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Pese a ello, parece que en materia de nacionales no hay tanta confianza entre los Estados miembros, pues la nueva regulación no declara el principio de entrega de nacionales (62), sino que, faculta a los Estados para que denieguen esta entrega (63), a diferencia del Convenio de Extradición de 1996 que en su artículo 7 prohibía la denegación de la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado miembro requerido (64).

En la Decisión marco se distinguen dos casos con relación a la entrega de nacionales. En primer lugar, cuando la orden de detención

---

(61) Aunque hay que advertir, que los pocos Estados de la Unión que ratificaron dicho Convenio realizaron reservas en el sentido de excepcionar la entrega de sus nacionales.

(62) No obstante, algún autor ha calificado de novedosa la regulación que hace en este punto la Decisión marco en el sentido de entregar a los nacionales, en este sentido, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

(63) Aunque en opinión de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 322-326, la Decisión marco sobre la orden de detención europea no autoriza, en supuesto alguno, la denegación de la entrega por razón de la nacionalidad del reclamado, lo que, a su juicio, no es correcto pues cuando se trata de la reclamación de un ciudadano español, debería atenderse a la finalidad preventiva del Derecho penal para establecer, en el caso concreto, si el desplazamiento forzoso del reclamado nacional a un Estado extranjero se encuentra justificado. También en esta línea, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, p. 20, al apuntar que la Decisión marco abandona la excepción acordada para los nacionales.

(64) De ahí que CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, p. 110, afirme que «la Decisión marco ha dado, hasta cierto punto, marcha atrás en lo que se refiere a la entrega de nacionales».

europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él; en tales casos, se faculta al Estado de ejecución para que deniegue la entrega si se compromete a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno (art. 4.6 de la Decisión marco). En segundo lugar, cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él; en tales casos, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativa de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor (art. 5.3 de la Decisión-marco).

En similares términos, aunque con matizaciones, se desarrollan dichas previsiones en la Ley española 3/2002, sobre la orden de detención y entrega europea, en los artículos 12.2 *f*) y 11.2. El primer supuesto tratado, esto es, cuando el sujeto nacional es reclamado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad, nuestra ley en el artículo 12.2 *f*) faculta la denegación de la entrega a la autoridad de ejecución española, siempre que se comprometa ella misma a ejecutarla, salvo que consienta la persona reclamada en cumplir la pena en el Estado emisor, excluyendo a los residentes españoles. Esta previsión, de dar relevancia al consentimiento de la persona reclamada en estos casos, no aparece en la Decisión marco y tiene como fin eliminar los obstáculos para la entrega de sujetos reclamados y facilitar y fomentar la colaboración entre los Estados (65). Respecto al segundo de los supuestos, regulado en el artículo 11 de nuestra ley, también restringe, la prestación de garantías por parte del Estado emisor a que sea devuelta dicha persona a España después del enjuiciamiento, a los nacionales excluyendo a los residentes, no dando relevancia al consentimiento de estos últimos. Cuestión que no tiene mucha razón de ser, pues si el fundamento de la exigencia de tal garantía reside en la mejor reinserción social del presunto delincuente al cumplir la condena en su país, igual fundamento podría argüirse para los residentes extranjeros. Parece que aquí vuelven ideas tradicionales sobre la no entrega de

---

(65) La redacción del precepto incurre, a mi juicio, en una contradicción: si bien parece que se faculta a la autoridad judicial española a denegar la entrega en el apartado 2 del artículo 12, en la letra *f*) parece imponer que en tales casos, solicitud de un español a efectos de ejecutar una pena o medida de seguridad, la pena deba cumplirse en España.

nacionales, como es la superprotección de éstos por el Estado y la desconfianza en las administraciones de Justicia de otros Estados.

Tanto de una como de otra regulación se debe interpretar, acorde con los principios que inspiran el instrumento, que no se puede denegar la entrega de nacionales, salvo casos excepcionales como en el caso de ejecución de condenas, pues aquí se podrá denegar si el Estado del que es nacional el sujeto reclamado se compromete él mismo a ejecutar la pena impuesta por el Estado emisor. En el caso del aún no condenado, se debe entregar al nacional, sólo se le habilita al Estado de ejecución a que condicione la entrega de la persona a la devolución para que cumpla la pena en el Estado del que es nacional.

Esta no ha sido la interpretación mantenida por la ya tan polémica Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (66), por la que, en primer lugar, se declara inconstitucional la ley penal alemana de transposición de la Decisión marco sobre la *orden de detención y entrega europea*, y por tanto, su nulidad; y en segundo lugar, se deniega la entrega de un ciudadano sirio-alemán a las autoridades españolas por presuntos delitos relacionados con actividades terroristas y, en concreto, con los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid (se le acusaba de creación de asociación ilícita y terrorismo por ser una figura clave en la sección europea de la red terrorista de Al-Qaeda) (67). Esta decisión, como ha apuntado Cuerda Riezu, supone la «crisis de la euro-orden (...) cuyo origen se encuentra en el ambien-

---

(66) En <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>. Sentencia 2 BvR 2236/04. Cfr. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006, quien apunta que también el Tribunal Constitucional polaco, mediante Sentencia de 27 de abril de 2005, ha considerado que la extradición o entrega de nacionales a otros Estados pugna abiertamente con el artículo 55.1 de la Constitución de la República de Polonia, que prohíbe la extradición de nacionales.

(67) Cfr. una traducción de la Sentencia, de los votos particulares, de las distintas resoluciones recaídas en el caso, junto con un comentario a todas ellas, por CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. También una traducción parcial por DEMETRIO CRESPO, E.: «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006, quien recoge también el Nuevo Proyecto de Ley en Alemania de transposición de la Decisión marco de 24 de noviembre de 2005, donde se intenta seguir los criterios apuntados por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, y se insertan principios regulados que se alejan de lo establecido por la Decisión marco.

te generalizado entre los penalistas alemanes que desde hace algún tiempo miran con recelo la creciente asunción de competencias en materia penal por los órganos comunitarios» (68).

La argumentación del Tribunal Constitucional alemán se centra fundamentalmente en la no entrega de nacionales alemanes porque lo prohíbe la Ley Fundamental de Bonn, artículo 16.2, permitiéndose, no obstante, la entrega en casos excepcionales –a países miembros de la Unión Europea y a un tribunal internacional–, siempre que se respeten los derechos fundamentales; concluyendo en este caso concreto, el mencionado tribunal, que la entrega de dicho sujeto alemán a España no garantizaría los derechos fundamentales. Bien es cierto, que en ningún caso, el Tribunal Constitucional alemán ponga en duda que en España no se respeten los derechos fundamentales, ni tampoco la legalidad de la Decisión marco (69), sino que realiza un *mea culpa*, al entender que esos derechos fundamentales se hubieran visto garantizados si la ley alemana de transposición hubiera previsto una cláusula recogida en la Decisión marco, en el artículo 4.7 letras *a*) y *b*). Esto es, permitir denegar las entregas cuando los delitos se hubieran cometido en parte o en la totalidad del Estado miembro de ejecución o cuando se hayan cometido fuera del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio. El Tribunal Constitucional alemán considera que al no prever tal disposición la ley alemana no se han agotado los medios para reducir al máximo posible la afectación del derecho fundamental de los alemanes a no ser extraditados por sus propias autoridades (70). Creo, no obstante, que

---

(68) CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(69) Pues ello no era de su competencia. No obstante un tribunal de Bélgica (el *Arbitragehof*) ha sometido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una petición de decisión prejudicial sobre la Decisión marco con fecha de 13 de julio de 2005, solicitando un juicio sobre si la supresión de la doble incriminación es conforme al principio de legalidad penal, igualdad y no discriminación. Esto es lo que debiera haber hecho el Tribunal Constitucional alemán a juicio del Gobierno Federal alemán, *cfr.* en este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(70) *Cfr.* un comentario a dicha Sentencia en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal

la previsión de tal norma en la ley alemana de transposición hubiera podido fundamentar la denegación, pero no evitar la impunidad, pues los tribunales alemanes no hubieran podido proceder contra tal sujeto por los hechos imputados en España ya que no eran delito en Alemania en el momento de cometerse los hechos, principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Si ya sorprende esta argumentación del Tribunal Constitucional alemán en pleno siglo XXI, teniendo en cuenta el contexto en el que estamos insertos, países miembros de la UE, y los principios que inspiran a la Unión como el principio de confianza mutua y el principio de reconocimiento mutuo, más sorprendentes resultan los argumentos que sigue utilizando para denegar la entrega de sus propios nacionales, permitida en mi opinión por la Ley fundamental entre países miembros de la UE. Señala dicho Tribunal que «La finalidad del derecho a no ser extraditado no persigue liberar al afectado de un justo castigo. Dicha prohibición se propone, más bien, que los ciudadanos alemanes no sean alejados contra su voluntad del ordenamiento jurídico con el que están familiarizados. Todo alemán, mientras se encuentre dentro del territorio nacional, debe ser protegido frente a la incertidumbre que comporta un enjuiciamiento al amparo de un sistema jurídico que le resulta extraño y en unas circunstancias que le resulten asimismo extrañas y opacas (...)» (71) «De otra manera (...) en la práctica se le

---

Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Hay que constatar que existen otros motivos apreciados por el Tribunal Constitucional alemán para declarar la inconstitucionalidad de la ley de transposición alemana de la Decisión marco como la vulneración del artículo 19.4 de la Ley Fundamental relativa a la posibilidad de recurrir las decisiones del Poder Ejecutivo.

(71) Traducción de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006. Además con sus siguientes argumentaciones parece que el Tribunal Constitucional alemán da «palos de ciego» pues incurre en contradicciones al señalar que «Quien actúa en un ordenamiento jurídico extranjero, debe contar con la posibilidad de haber de responder ante el mismo. Como regla general, será éste el caso cuando los hechos, íntegramente o en aspectos esenciales, fueron perpetrados en el territorio de otro Estado miembro y el resultado o los efectos del delito se hayan producido en el mismo. El hecho de que la persona perseguida, después de realizar los hechos, haya logrado huir a su país, no puede resultar una circunstancia relevante. Aquel carácter de conexión o relevancia predominantemente extranjera debe admitirse también cuando el hecho presenta una típica dimensión transfronteriza y posee la correspondiente gravedad, como sucede, por ejemplo, en el caso del terrorismo internacional o del tráfico de drogas o con seres humanos. Quien se adhiere a tales estructuras criminales no puede



vincularía a un Derecho penal material que el reclamado no había contribuido a configurar democráticamente, y que –a diferencia de un alemán– no tiene obligación de conocer» (72).

Dicha fundamentación jurídica es criticable, en mi opinión, por diversos motivos: el fundamento de la no entrega de nacionales no puede sustentarse en la actualidad en la protección a ultranza de dichos sujetos; en el contexto histórico en el que vivimos se ha superado, o por lo menos se había superado ya, la idea de la superprotección del Estado a sus súbditos (73). En segundo lugar, choca con los principios que inspiran a la Unión Europea, principio de confianza mutua, principio de reconocimiento mutuo, respeto de los derechos fundamentales en todos los territorios de la Unión Europea... En tercer lugar, resulta inconcebible justificar dicha postura en la falta de legitimación democrática, el aplicar una ley penal –en este caso española– en la que no ha participado el sujeto imputado, pues de esta manera el Tribunal

---

invocar en todo su plenitud la protección que en relación con la extradición le dispensa la nacionalidad». Hasta aquí de acuerdo, pero sigue apuntando la Sentencia que, en cambio, en los delitos que presenten dicha especial o predominante conexión con el propio Estado deberían, en principio, ser juzgados en el propio Estado, pues para la persona afectada «la extradición supone, incluso cuando el Estado receptor sea miembro de la UE, un empeoramiento de su situación procesal que puede manifestarse en dificultades de carácter lingüístico, en diferencias culturales así como en una diversa regulación procesal o en las diferentes posibilidades de defensa. Dicho orden jurídico extranjero determina, en definitiva, una vinculación a cierto Derecho Penal sustantivo en cuya configuración la persona extraditada no ha podido intervenir democráticamente, cuyo conocimiento, al contrario que el derecho alemán, no le resulta exigible y que en muchos casos ni siquiera permite a una persona no entendida en leyes realizar una valoración comparativa, al no estar familiarizada con el contexto público nacional del país correspondiente». Creo que es contradictorio este fallo por varios motivos: se trata de delitos de terrorismo, con lo que según el tribunal sí podría ser juzgado por un tribunal extranjero; en caso de denegación, el principio *aut dedere aut iudicare* previsto en los Convenios sobre terrorismo obliga a los Tribunales alemanes a conocer del asunto; además, como todos sabemos el desconocimiento del derecho no exime de su cumplimiento.

(72) Traducción de CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. Aunque sigue reconociendo la Sentencia que distinto es el caso de una persona buscada que haya realizado un hecho relacionado con el extranjero o cuando tal hecho posee una dimensión que supera las fronteras nacionales, como el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o tráfico de personas. Paradójicamente en el supuesto de hecho estamos ante actos terroristas pero el Tribunal alemán en su decisión final parece haberlo olvidado.

(73) *Cfr.* sobre el fundamento de la no entrega de nacionales, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 259-272.

Constitucional alemán está negando el principio de territorialidad de la ley penal, esto es, no se puede aplicar la ley penal de un Estado a los sujetos que delinquen en dicho Estado si no han participado en su proceso democrático de adopción (74). En cuarto lugar, el artículo 16. 2 de la Ley Fundamental de Bonn, permite la entrega de nacionales entre Estados miembros de la UE, siempre que se respeten los derechos fundamentales de los sujetos; previsión ésta última que debería de aplicarse tanto a los nacionales como a los extranjeros en los procedimientos de entrega. Finalmente, la Decisión marco, según la interpretación aquí mantenida, obligaría a entregar a ese sujeto alemán a las autoridades judiciales españolas, permitiéndose, no obstante, condicionar esa entrega a que la persona sea devuelta a Alemania, en caso de una condena, para cumplir la pena en su país.

Las contradicciones y la falta de fundamentación, que en mi opinión, adolece la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de los argumentos –la entrega de alemanes vulnera los derechos fundamentales en la mayoría de las ocasiones– en que basa su decisión –denegación de la entrega e inconstitucionalidad de la ley de transposición de la Decisión marco–, hace pensar que el verdadero problema del asunto se encuentra en la Decisión marco y no solamente en la ley alemana. Creo, que la no exigencia de doble incriminación y la retroactividad de la Decisión marco constituyen las verdaderas razones que laten en el fondo de esta decisión y ello por varios motivos (75): los hechos imputados por la AN española a la persona reclamada datan del año 2001, delitos de creación de asociación ilícita y de asociación terrorista en el extranjero, fecha, en la que dichos hechos no eran constitutivos de delito en Alemania (76) –hasta agosto de 2002 no entraron en vigor

---

(74) En este sentido crítico, *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa, quien se pregunta sobre si el Tribunal Constitucional alemán va a aplicar su doctrina cuanto se trata de enjuiciar a extranjeros que cometan delitos en su territorio, renunciando al ejercicio de su jurisdicción a favor de la del Estado de la nacionalidad de dichos sujetos.

(75) En este sentido parecen pronunciarse, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(76) Así lo reconoció el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo que con fecha de 24 de noviembre de 2004 otorgó el permiso para la entrega de ese sujeto sirio-alemán a las autoridades españolas, bajo el argumento que esa falta de incriminación no es un obstáculo a la entrega debido a la supresión de dicho requisito por la Decisión-marco, ni supone vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal.

tales delitos en el Código Penal alemán, es decir, con posterioridad a la comisión–, con lo que la entrega de dicha persona supondría, en virtud de excepcionar la doble incriminación por constituir delitos de terrorismo, aplicar una ley penal desfavorable retroactivamente; a esta circunstancia se le suma además que el sujeto es nacional del país reclamado y no hay que olvidar que en el sistema continental los países siguen siendo muy recelosos de entregar a sus propios nacionales.

Este sería, en mi opinión, el verdadero motivo y ello lo avalaría el hecho de que los tribunales alemanes no han enjuiciado a dicho sujeto –lo que hubiese sido procedente al denegar una extradición de un nacional por delito de terrorismo en virtud de los principios *aut dedere aut judicare* y del principio de justicia universal–, todo lo contrario, lo han puesto en libertad. Esto lo ha reconocido indirectamente la propia representación del *Bundestag* al señalar que la entrega del nacional condicionada a la devolución a Alemania para el cumplimiento de la condena (posibilidad recogida tanto en la Decisión marco con en la ley alemana de transposición), podría en ciertos supuestos no ser viable a causa de la ausencia de doble tipificación de los hechos (77).

No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán no entra de lleno en el análisis de si la falta de doble incriminación pudiera suponer vulneración de derechos fundamentales. La única referencia a este principio la realiza en un párrafo de la siguiente manera «la parcial renuncia al principio de doble incriminación es, en cualquier caso, una decisión básica y central del legislador, que no obstante estaba ya prevista en la Decisión marco. Puede quedar abierto si es compatible con el nivel de protección exigible en cuanto derecho fundamental, no la decisión de un Estado miembro a favor de la punibilidad de una conducta, sino al revés, convertir la decisión favorable a la punición en el fundamento decisivo del mecanismo del recíproco reconocimiento. Ello no afecta a casos que tengan referencia en el Derecho interno, porque el legislador puede transponer la Decisión marco de conformidad con las exigencias constitucionales» (78).

---

También fue la postura del Gobierno Federal Alemán quien afirmó además la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho alemán *cf.* la traducción de dichas decisiones en CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(77) Traducción de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

(78) Traducción de CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden

En resumen, dos son los problemas que se plantean, desde mi perspectiva, con la puesta en práctica de la Decisión marco y que no se reconocen expresamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán –pues no es su competencia el valorar este instrumento (79)–, pero que son los causantes «ocultos» de la decisión: la excepción del principio de doble incriminación y la aplicación retroactiva de las normas de carácter penal que contienen la Decisión marco a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (80). Con todo ello, no obstante, el Tribunal Constitucional alemán está incumpliendo la obligación que pesa sobre todos los Estados de transponer en los plazos establecidos la Decisión marco (81), además de lo estipulado en dicha normativa sobre la entrega de nacionales.

### C) Principio de irretroactividad desfavorable

Hay que tener en cuenta el Capítulo 4 de las Disposiciones Generales y Finales de la Decisión marco de 13 de junio de 2002, donde se regula la relación de este instrumento con los existentes y vigentes hasta el momento referidos a la entrega de delincuentes. De esta forma se prevé que la presente Decisión Marco sustituirá a partir del 1 de enero de 2004 los siguientes Convenios: Convenio Europeo de Extradición de 1957 y sus correspondientes Protocolos; Convenio relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición de 26 de mayo de 1989;

---

Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

(79) Como apunta, *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005, lo que tendría que haber hecho el Tribunal alemán es haberse planteado esta posible incompatibilidad de la Decisión marco con su ordenamiento cuando transponía la norma europea al Derecho interno; y si lo que verdaderamente se cuestiona es la validez de la Decisión marco, el Tribunal Constitucional alemán estaría obligado a consultar al Tribunal de Justicia de la UE como última instancia jurisdiccional: si éste afirma la legitimidad de la «euroorden» ya sólo le quedaría al legislador y al ejecutivo alemán modificar su Constitución para adecuarla al derecho supranacional europeo.

(80) En este último punto es a juicio de *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005, donde el Tribunal Constitucional alemán tenía que haber fundamentado la decisión.

(81) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa. No obstante, el Tribunal Constitucional afirma que como la Decisión marco sobre la orden de detención y entrega se enmarca dentro de la cooperación jurídica del tercer pilar, los Estados, en caso de necesidad, pueden negarse a efectuar la transposición.

Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995; Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996; el capítulo IV del título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunitarias de 19 de junio de 1990. Por tanto, dichos Convenios dejarán de estar en vigor respecto de los Estados miembros de la Unión Europea, en sus relaciones mutuas, aunque seguirán rigiendo para el resto de los países miembros de dichos Convenios europeos en sus relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea.

También se establece el ámbito de aplicación temporal de la presente Decisión marco al indicar que regirá para las solicitudes recibidas después del 1 de enero del 2004; a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004 seguirán aplicándose los instrumentos vigentes en materia de extradición. No obstante, los Estados miembros podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión marco, una declaración en la que se indique que como Estado miembro de ejecución seguirá tramitando las solicitudes relativas a los actos cometidos antes de una fecha que especifiquen, con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 7 de agosto de 2008 (Disposición transitoria, art. 32).

Con ello, en un principio, se establece la irretroactividad de las normas procesales que presenta un contenido propio: la no aplicación de una ley procesal a procesos ya comenzados cuando entra en vigor dicha norma, pero sí a nuevos aunque se refieran a hechos acaecidos antes de que la nueva ley entrara en vigor. Aunque se admiten declaraciones de los Estados en cuya virtud apliquen el principio de irretroactividad de las leyes penales (82), es decir, una norma no se aplicará a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Pero la Decisión marco no distingue para aplicar sus normas, en el ámbito temporal, entre normas penales y normas procesales, sino que aplica un principio u otro en bloque.

---

(82) De esta manera, Francia ha declarado que seguirá tramitando con arreglo al sistema de extradición aplicable antes del 1 de enero de 2004 las solicitudes relativas a los actos cometidos antes del 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Italia y Austria también declaran que seguirá tratando con arreglo a las disposiciones vigentes en materia de extradición todas las solicitudes relativas a hechos cometidos antes de la fecha de entrada en vigor de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, como lo prevé su artículo 32.

Con relación a este extremo, hay que recordar que respecto de las normas penales, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prohíben la irretroactividad de la ley penal desfavorable; y no hay que olvidar, por otro lado, que esta normativa ahora tratada no sólo se compone de normas procesales sino también de normas penales y aplicar a éstas la retroactividad desfavorable podría vulnerar los principios de legalidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales del individuo, pues implica aplicar dicha normativa a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor aunque sea desfavorable. También dichos principios vienen recogidos en los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución española. Por ello, hubiera sido deseable que en esta materia se hubiera procedido como en la Ley de Extradición pasiva española, en la que se distinguen estos dos tipos de normas a la hora de aplicar la irretroactividad penal y procesal.

Como recalca Cuerda Riezu, para salvar la posible inconstitucionalidad que se daría en el caso de aplicar las leyes españolas de desarrollo de la Decisión marco, que contienen normas de Derecho penal material, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, cabría dos interpretaciones posibles: por un lado, entender que la aplicación retroactiva de las normas penales sólo es posible cuando se beneficie a la persona buscada; o por otro lado, el juez o tribunal debería promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sobre la ley española que establece dicha aplicación irretroactiva desfavorable (83).

Pues bien, la decisión del Tribunal Constitucional alemán, aunque no aborda el problema de la aplicación retroactiva de la Decisión marco de manera directa, sí que late en el fondo del asunto tal cuestión pues se trata de entregar a un sujeto por delitos imputados por la Audiencia Nacional española, que en el momento de cometerse no serían delitos según el ordenamiento jurídico alemán, con lo que su entrega, en mi opinión, supondría aplicar una ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y además en dos direcciones: por la aplicación de la Decisión marco y su excepción a la doble incriminación (norma penal a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor); y además, aplicar una ley penal alemana (que

---

(83) Cfr. CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 122-124; CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

tipifica los delitos de creación de asociación ilícita extranjera en el año 2002) a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor. Es en este punto donde, en mi opinión, el Tribunal Constitucional alemán debería de haber fundamentado su decisión: el problema que se hubiera planteado es que con tal fundamentación estaría cuestionando la validez de la Decisión marco (por la supresión de la doble incriminación y su carácter retroactivo, aunque dicha norma permita establecer en las legislaciones internas la irretroactividad de las normas desfavorables), cuestión que no le compete y además no era el momento oportuno de cuestionarlo –debía de haberlo planteado cuando se estaba gestando la Decisión marco ante el órgano oportuno o a la hora de transponer dicha normativa a su ordenamiento–.

Esta problemática, la supresión de la doble incriminación y la aplicación retroactiva de la Decisión marco, es común a todos los Estados miembros de la Unión Europea, porque los principios de doble incriminación e irretroactividad de las leyes penales desfavorables descansan en principios fundamentales del Estado de Derecho y en la protección de los derechos fundamentales de los individuos reconocidos por los instrumentos internacionales.

#### **D) Principio de doble incriminación. Recapitulación**

El principio de doble incriminación, es una regla consolidada en Derecho extradicional que se asienta en una garantía que descansa en el principio de legalidad penal (84). Su fundamento parece obvio: si el hecho no es delito en el Estado requirente, no se le podría juzgar, si no lo es en el país requerido, no obstaculiza la convivencia social en el mismo y su detención no sería conforme a Derecho (85). Hasta el Convenio de 1996, la mayoría de la doctrina no cuestionaba la vigencia de dicho principio, pues entregar por hechos no punibles según el Derecho interno del Estado requerido sería contrario al Estado de Derecho, pues implicaría privar a una persona de libertad para entregarla por haber realizado unos hechos no penados en el Estado requerido,

---

(84) En este sentido doctrina del TC: SSTC 91/2000; 32/2003. *Cfr.* CALAZA LÓPEZ, S.: «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en [www.us.es/cidc/Ponencias](http://www.us.es/cidc/Ponencias).

(85) *Cfr.* sobre el fundamento del principio de doble incriminación, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 94-95; GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 206-210.



dando distinto trato que a las personas que hayan cometido el delito en su territorio. A partir de 1996, se cuestiona dicho principio en materia de extradición para determinados delitos graves, excepcionándose en el Convenio europeo de 1996 para determinadas conductas delictivas.

Pese a que esta excepción ya se había impuesto en dicho Convenio de extradición, la novedad respecto de la Decisión marco es que se amplía de manera considerable la lista de delitos para los que no se requiere el principio de doble incriminación, pudiéndose ampliar aún más a voluntad de los Estados (86). Además, fue una de las cuestiones más discutidas en la elaboración de este instrumento entre los Estados miembros de la Unión, ya que en un principio se pretendía suprimir el requisito para toda conducta delictiva (87). Esta es la gran novedad de la Decisión marco, la eliminación del requisito de doble incriminación para ciertos delitos que se consideran lo suficientemente graves, que se supone que los Estados deben de tipificar dichas conductas en sus ordenamientos (88), de no ser así, no pueden fundamentar la denegación de la entrega.

---

(86) Esto ha llevado a algún autor a afirmar que la exigencia de la doble incriminación en el marco de la Decisión marco es algo excepcional. En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 18-19.

(87) *Cfr.* Sobre la supresión del principio de doble incriminación en la elaboración de la Decisión marco de 13 de junio de 2002, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 409-411. Defensores de la supresión de la doble incriminación en España, entre otros, DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, p. 317; DEL POZO PÉREZ, M.: «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, p. 6, incluso llega a afirmar dicha autora que «la exigencia de dicho principio se ha convertido en un lastre u obstáculo para la eficacia de la institución que busca la entrega de una persona a un Estado para que responda de una posible responsabilidad penal, bien en forma de participación en diligencias penales, bien para cumplir una condena ya impuesta en sentencia firme»; no obstante, en p. 7, detecta algunos problemas de la regulación de la supresión de la doble incriminación, como el caos del listado y la falta de definición de algunas conductas.

(88) *Cfr.* BUENO ARÚS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. de.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 232, para quienes la polémica en torno a si se exige o no la doble incriminación es falsa, pues aunque no se exija dicho requisito éste existirá ya que los hechos allí citados están tipificados en todas las legislaciones internas, salvo raras excepciones, como los delitos de alta tecnología. También CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 96-98, relativiza los problemas que pudiera plantear la supresión del principio de doble

Dichos supuestos en los que se excepciona la doble incriminación son: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas; municiones y explosivos; corrupción; fraude; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda; incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario; agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro; detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje (según el art. 2.3 de la Decisión marco dicha lista de delitos se puede ampliar o modificar en un futuro) (89).

---

incriminación, bajo el argumento de que las conductas delictivas respecto de las que se excepciona el principio van a ser punibles en casi prácticamente todos los Estados de la Unión, aunque resalta finalmente los problemas que puede acarrear la supresión de la doble incriminación al constatar la desigualdad existente entre los ordenamientos jurídicos y la falta de definición de cada una de las figuras delictivas excepcionadas por parte de la Decisión marco.

(89) Cabe destacar la opinión de LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, p. 332, quien realiza una crítica a los delitos incluidos en tan extensa lista, en el sentido de que se incluyen delitos de muy variada gravedad, teniendo en cuenta que algunos de ellos no presentan la suficiente gravedad para prescindir de un principio de tan arraigada tradición como es la exigencia de la doble incriminación. También en sentido crítico, *cfr.* ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “Euroorden”», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 28-29, quien no está de acuerdo con el orden en que aparecen enumerados los delitos objeto de la excepción a la exigencia de doble incriminación, pues a su juicio hubiera sido más correcto clasificarlos en atención al bien jurídico protegido y vulnerado por el hecho punible. También DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de

Estos delitos darán lugar a la entrega en virtud de una orden de detención sin el control de la doble tipificación, esto es, el Estado de ejecución estará obligado a entregar, aunque en su ordenamiento no estén tipificadas dichas conductas delictivas. Ahora bien, el artículo 2.2 de la Decisión marco sí que somete a cierto control, por parte del Estado de ejecución, la tipificación de dichos delitos en el Estado emisor, exigiendo un mínimo de gravedad en el ordenamiento de este último Estado para entregar al sujeto; se requiere que dichas conductas estén sancionadas en el ordenamiento del Estado emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. Si no se cumple este requisito, el Estado de ejecución no estará obligado a entregar sin el control de la doble tipificación (punto IV, apartado 3.1 del Protocolo sobre la Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas del Ministerio de Justicia español), pues se supone que son delitos tan graves que al menos deben de ser castigados con esa pena. Por otra parte, incumbe a la autoridad judicial del Estado emisor decidir si la infracción entra o no en el ámbito de aplicación de la lista.

Tal y como se prevé la doble incriminación en la Decisión marco, se desarrolla en la Ley 3/2003 española en el artículo 9, de tal manera que se excepciona para dicha lista de delitos, requiriéndose el mínimo de gravedad apuntado, y se podrá exigir para los delitos no incluidos en la lista (90), siempre que cumplan el mínimo punitivo exigible según el ordenamiento del Estado emisor. En efecto, el artículo 12.2 a) de dicha Ley española deja a la autoridad judicial de ejecución española la facultad de denegar la extradición cuando falte el requisito de doble incriminación para los delitos no incluidos en la lista.

Esta previsión tampoco me parece acertada. Si bien no se debería suprimir el requisito de la doble incriminación (91) más que en las materias que hayan sido objeto de una previa armonización legislativa, el otorgar la facultad y el arbitrio a los jueces de cara a exigirlo o no me parece insertar elementos que generan una gran inseguridad jurídi-

---

la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003, p. 6, critica la lista en el sentido de no incluirse delitos tan o más graves como los finalmente incluidos como pueden ser delitos internacionales reconocidos como tales en Convenios Internacionales.

(90) Ello, como apunta CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 119-120, supone un excesivo arbitrio judicial, al permitirle al órgano judicial español de ejecución poder imponer o no el principio de doble incriminación y, en su opinión, la ley española tendría que haber concretado esa discrecionalidad en sentido concreto.

(91) En este sentido, CUERDA RIEZU, A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.

ca: esta facultad debería residir en los Estados de cara a ir excepcionando el principio de doble incriminación en la medida que se vaya procediendo a una armonización.

El primer Auto de la Audiencia Nacional emitido por la Sección Tercera de la Sala de lo penal con fecha de 19 de febrero de 2004, contempla ya la aplicación de este artículo 2.2 de la Decisión marco; se trataba de la reclamación a España de un ciudadano inglés por parte de Finlandia por un presunto delito de estafa. En tal supuesto la Audiencia Nacional señala que el delito de estafa figura dentro de la lista de los 32 delitos respecto de los cuales se excepciona el principio de doble incriminación siempre que el delito esté castigado en el Estado emisor con una pena mínima de tres años, y en este caso, la legislación finesa castiga dicha infracción con pena de 7 años: con lo que accede a la entrega por cumplirse los requisitos de la Decisión marco y de la ley española de desarrollo.

La doctrina ya apuntó, antes de la puesta en práctica de la «euroorden» algunos problemas que podría plantear la supresión de este requisito. Por ejemplo, ¿Qué ocurriría con los delitos contenidos en la lista en los que no se alcanza el mínimo punitivo previsto en el artículo 2.2 de la Decisión marco, tres años de privación de libertad según el Estado emisor? ¿Conllevaría tal supuesto a la impunidad? (92). Bien creo que cuando falte ese mínimo punitivo de tres años de privación de libertad no se podría excepcionar el principio de doble incriminación; por tanto, en estos casos se exigiría dicho requisito además del mínimo punitivo previsto en el artículo 2.1 de la Decisión marco (93).

También se planteó la dificultad de aplicar este sistema de lista debido a la falta de homogeneidad entre las distintas legislaciones nacionales a la hora de definir los elementos de cada delito. Por ejemplo, Fonseca Morillo se pregunta ¿qué podrá hacer, no obstante, la autoridad judicial de ejecución cara a una orden de detención emitida utilizando la calificación de agresión con lesiones graves y que se refiera realmente a un aborto? (94). Cabría plantearse también ¿qué

---

(92) Cfr. FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89. Dicho autor viene a dibujar algunos de los inconvenientes con los que se pueden encontrar los distintos órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la lista positiva debido a la falta de homogeneidad en la regulación de dichos delitos por parte de las distintas legislaciones penales de los Estados miembros.

(93) En este sentido, BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 238.

(94) En este sentido, FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89.

puede hacer España ante una petición por delito de estafa en que no se diera el elemento de engaño bastante, por no ser exigible para configurar dicha conducta delictiva según el ordenamiento jurídico del Estado emisor? (95). Todos estos problemas demandan una rápida homogeneización y armonización de las legislaciones penales, o por lo menos, un documento en el que cada Estado podría definir o enumerar los delitos que según su legislación podrían incluirse en esta lista del 2.2 de la Decisión marco (96).

Por el contrario, la doble incriminación se puede exigir a voluntad de los Estados, o mejor expresado, a voluntad de las autoridades judiciales de ejecución, respecto de otros delitos no incluidos en la lista, según el artículo 2.4 de la Decisión marco, y respecto de los delitos incluidos en la lista que no alcancen el mínimo punitivo de tres años (97).

«El fundamento de la supresión del requisito de la doble incriminación debiera de establecerse en que son conductas delictivas de tal gravedad que los Estados no pueden denegar su cooperación para evi-

---

(95) Cfr. tal planteamiento en LÓPEZ ORTEGA, J. J.: «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos CEZÓN GONZÁLEZ, Sevilla, 2003, pp. 327-332, para quien dicho listado adolece de una ambigüedad excesiva totalmente incompatible con el principio de legalidad extradicional.

(96) Cfr. FONSECA MORILLO, F. J.: «La orden de detención y entrega europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 14, 2003, pp. 87-89. También plantea los problemas de la supresión de la doble incriminación DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 283-289, quien apunta que su supresión, a falta de una previa armonización sobre el ámbito de la tipicidad de las conductas, puede conllevar a la vulneración del principio de legalidad extradicional sin que el listado de delitos pueda salvaguardar dicho principio; además, apunta que en la lista de delitos respecto de los cuales se suprime la doble incriminación se contienen conductas de muy distinta gravedad y no sólo referidas a la delincuencia organizada y respecto de ellas está aún menos justificada la supresión de la doble incriminación. Como analiza dicha autora, esa posible vulneración puede conllevar a que el reclamado recurra en amparo ante el TC, y ello a su vez retrasaría la entrega e implicaría incumplimiento de los plazos previstos en la Decisión marco y se frustraría su finalidad.

(97) Cfr. una crítica a la regulación concreta que realiza la Decisión-marco en la supresión de la doble incriminación en SANZ MORÁN, A. J.: «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81-90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 95-104, quien detecta algunos problemas como la falta de concreción de las figuras delictivas respecto de las cuales se excepciona el principio de doble incriminación, la facultad concedida a las autoridades judiciales para excepcionar el principio de doble incriminación de los delitos no contenidos en la lista y sobre todo pone el acento en la falta de armonización en los delitos respecto de los cuales se excepciona la doble incriminación en los derechos penales nacionales de los Estados miembros de la UE.

tar la impunidad de dichos comportamientos. Se supone, aunque ello no es una realidad, que todos esos comportamientos debieran constituir delitos en todos los territorios de la Unión» (98).

Por ello, en mi opinión, más que la eliminación del requisito de la doble incriminación para determinados delitos, lo que sería más deseable es que este instrumento exhortara a los Estados para que tipificasen en sus ordenamientos esas conductas delictivas, de manera homogénea en el territorio de la Unión, que se consideran más graves y no existiera ningún obstáculo a la hora de entregar a los individuos que hubiesen cometido tales delitos. La supresión del principio de doble incriminación, sin más, puede conllevar problemas para los Estados en los que esas conductas no estén tipificadas como delitos; problemas en relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, vigentes en materia de extradición o de entrega de sujetos a las jurisdicciones de otros países. No obstante, al menos hubiera sido deseable para una mayor seguridad jurídica, que se hubiera procedido a definir tales delitos respecto de los que se exceptiona el principio de doble incriminación (99). El sistema así seguido por la Decisión marco inserta elementos que dan lugar a una inseguridad jurídica debido a la falta de armonización entre los sistemas penales de los Estados miembros (100). Esto se intenta

---

(98) GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 437.

(99) En contra parecen decantarse BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 237, para quienes no es necesario añadir elemento tipificador alguno en relación a las categorías delictivas previstas en la lista de delitos de ambos textos, ya que el juez del Estado requerido está vinculado no sólo por los hechos sino por la calificación jurídica que realiza el Estado requirente. En contra de esta opinión parece decantarse, CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Madrid, 2003, pp. 96-98, quien resalta también los problemas del sistema de lista seguido por la Decisión marco debido a la desigualdad existente entre los ordenamientos jurídicos y la falta de definición de cada una de las figuras delictivas excepcionadas por la Decisión marco.

(100) En este sentido, de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006, a quien le parece muy prematuro en la actualidad la supresión del principio de doble incriminación pues no hay armonización ni en la legislación penal ni procesal de los Estados miembros; apunta que esto último debiera ser previo a la supresión del principio. En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C.: en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 14-15, quien, no obstante, afirma que la Decisión marco ha servido de estímulo para imprimir una mayor celeridad a la tarea de unificación de las legislaciones nacionales y a un incremento de las cifras de entrega de personas.

solventar desde la Unión por los trabajos que se están llevando a cabo tanto por la Comisión como por el Consejo para conseguir cierta aproximación entre las legislaciones penales (101).

Como ya he analizado, fue parte de la doctrina alemana la originaria de las fuertes críticas vertidas contra la excepción del principio de doble incriminación como consecuencia del principio de reconocimiento mutuo, y parece que ello ha tenido eco en la decisión del Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia de 18 de julio de 2005, anteriormente mencionada. Por mi parte, puedo decir que estoy parcialmente de acuerdo en cuanto que la supresión de la doble incriminación es, hoy por hoy, un proyecto demasiado ambicioso de implantar y, de ahí, que ya se hayan planteado dificultades en su puesta en práctica; pero por otro lado, no comparto ciertas argumentaciones contra el principio de reconocimiento mutuo y la supresión de la doble incriminación alegadas por algunos de esos autores alemanes, cuya finalidad, a mi entender, van dirigidas a una protección a ultranza e injustificable, al menos en el ámbito europeo, de sus nacionales.

Como exponente de esta doctrina crítica a la supresión de la doble incriminación se puede citar a Schünemann, quien viene a señalar que extraditar a un nacional del propio Estado prescindiendo de la doble tipificación de los hechos es tanto como renunciar a las garantías clásicas del Estado liberal que han alumbrado en el mundo occidental el sistema de protección de los individuos frente al poder público y, más concreto, equivaldría a lesionar lo que denomina el principio democrático, en virtud del cual nadie puede ser declarado como enemigo de la sociedad, y en consecuencia, condenado con fundamento en unas normas penales en cuya confección no ha podido intervenir activamente, cuando menos mediante el ejercicio del derecho de voto (102).

---

(101) Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C.: «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pp. 29-30.

(102) Cfr. SCHÜNEMANN: *Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens*, StV 2033, p. 118; el mismo, *Ein AlternativEntwurf zur Regelung der europäischen Strafverfolgung im Verfassungsvertrag der EU*, en *Die Europäische Union – ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?* (coordinador Pache), Baden Baden 2005, p. 90, traducido por de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.



Como he señalado anteriormente, estoy de acuerdo con este autor que la supresión de la doble incriminación podría vulnerar las garantías propias de un Estado de Derecho como el principio de legalidad, el de seguridad jurídica; pero por otro lado, esto sería tanto para la entrega de nacionales como para la entrega de extranjeros pues a todos los individuos les protegen dichas garantías. Además, criticar la supresión de la doble incriminación por faltar lo que él denomina principio democrático no me parece nada correcto, pues es como decir que el principio de territorialidad de la ley penal no tiene validez, esto es, no es aplicable la ley penal para quienes no hayan participado en su elaboración, es decir, para los extranjeros.

Otra parte de la doctrina alemana aboga por la supresión del principio de doble incriminación pero introduciendo una cláusula condicional de control de orden público europeo para salvaguardar las garantías de los individuos (103). En este sentido el Informe de la Comisión Europea de marzo de 2005, ha confirmado la posibilidad de condicionar la decisión de entrega a un control relativo al orden público; señalando que es legítimo denegar la expedición de la orden con base en la vulneración de derechos fundamentales aunque en el marco de la Unión Europea ello debería ser un supuesto excepcional. Ello supone desde mi punto de vista, articular una «válvula de escape» a la supresión de la doble incriminación.

En mi opinión, si se interpreta correctamente el artículo 1.3 de la Decisión marco y el artículo 6 del Tratado de la Unión, junto con el Informe de la Comisión, cuando falta la doble incriminación un Estado puede alegar vulneración de principios constitucionales como el de legalidad, irretroactividad de la ley penal, seguridad jurídica para denegar la entrega; consecuentemente la supresión del principio de doble incriminación no es posible.

---

(103) En este sentido, VOGEL: *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung*, ZStW (116), tomo II, 2004; el mismo, *Abschaffung der Auslieferung?*, JZ 19/2001, pp. 940 y ss, traducido por de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006: este último autor fundamenta ese condicionamiento en el artículo 1.3 de la Decisión marco al establecer que la presente Decisión no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 de Tratado de la Unión Europea; dicho autor opina que el hecho de que esta cláusula de orden público no aparezca en el articulado no le resta valor y opina que la razón de ser es que no se abuse de tal cláusula para denegar órdenes de ejecución.

### E) Principio de reciprocidad en la Euroorden. Problema constitucional español

El principio de reciprocidad es un requisito muy arraigado en Derecho extradicional, cuyo origen se centra fundamentalmente en hacer cumplir bilateralmente las obligaciones, en igualdad de condiciones, que surgen entre los Estados implicados en los procedimientos de entrega de presuntos delincuentes o de ya condenados (104).

Es un principio recogido tanto en las leyes internas como en los Tratados de extradición. La Constitución española también lo recoge en el artículo 13.3 cuando señala «*La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad...*».

Como se puede desprender a priori de la Norma fundamental, dicha previsión, que data de 1978, está pensada para las fuentes del Derecho existentes en aquél momento. En el presente, hay que tener en cuenta que estas fuentes se han ampliado como consecuencia del nuevo espacio europeo en el que España está inmersa. Así por ejemplo, aunque una orden de detención y entrega europea se base en virtud de una Ley española, ésta tiene su origen en una norma procedente de un organismo comunitario de carácter vinculante, una Decisión Marco. El escenario jurídico ha cambiado. Aquí es donde se plantean los problemas de seguir manteniendo la vigencia del principio de reciprocidad: por un lado, ni la Decisión marco ni la ley española que la desarrolla prevén como obstáculo a la ejecución de la orden de detención europea la existencia de reciprocidad; por otro, se afirma la supralegalidad de la Constitución respecto de los Tratados; finalmente se afirma la primacía del Derecho Comunitario frente al interno de los países.

De ahí que se detecta una contradicción en nuestro ordenamiento jurídico respecto del comunitario, pues éste en materia de órdenes de ejecución no prevé tal excepción y nuestra Constitución la sigue manteniendo. Ello produce ya una esquizofrenia en el sistema que estamos abordando, como ya se ha puesto de manifiesto por nuestros tribunales, ya que en virtud del principio de reciprocidad nuestros tribunales ya han cuestionado la ejecución de órdenes de detención y entrega. Por ejemplo, ante la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 que deniega la entrega de un nacional alemán a la Audiencia Nacional por considerar inconstitucional su ley de transpo-

---

(104) Cfr. Sobre el origen y distintas acepciones y regulaciones de la reciprocidad, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 102- 123.

sición de la Decisión marco, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda provisionalmente el 21 de julio de 2005 y mediante el Acuerdo de 20 de septiembre de 2005 la no entrega de españoles a Alemania para el caso de que la Sentencia alemana de 18 de julio afecte sólo a las peticiones de entrega de alemanes; para el caso de que Alemania quede fuera del sistema de la «euroorden», entendiéndose que las órdenes emitidas por Alemania tendrán la consideración de orden internacional de detención a efectos de extradición y, en consecuencia, se seguirán las reglas de la extradición (105). En aquel momento había pendientes 60 peticiones alemanas a la Audiencia Nacional española de las cuales 14 eran de españoles.

Sin embargo, a la vista de dichas resoluciones, hay que recordar otro problema con relación a este principio y es que la existencia o no de reciprocidad la determina, conforme a nuestras leyes, el Gobierno, órgano ejecutivo que no tiene cabida en el procedimiento de ejecuciones de órdenes europeas (106).

---

(105) Ya con anterioridad la Audiencia Nacional había aludido al principio de reciprocidad en los procedimientos de ejecución de una orden de detención y entrega, como ejemplo cabe citar el Auto de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 3 de junio de 2004, en el que se accede a la entrega de un nacional español a Francia en virtud del principio de reciprocidad, pues con la adopción de la Decisión marco sobre la «euroorden» y el cambio en la legislación interna francesa ya se permite la entrega de franceses a España. En cambio, en el Auto de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2004, parece que en el primer fundamento jurídico intenta justificar la eliminación del principio de reciprocidad ahora en los procedimientos de ejecución de órdenes europeas de detención al señalar: «Así los tradicionales mecanismos de cooperación judicial dejan paso a una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros basada en la confianza. En esta confianza se inserta el principio de reconocimiento mutuo, que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados. La aplicación de este principio de reconocimiento mutuo supone que los motivos por los que se puede negar la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial. También supone la desaparición de la intervención del ejecutivo, porque la existencia de confianza recíproca convierte en innecesaria la verificación de la situación política del Estado emisor...»

(106) Y ello porque se supone, como ha justificado algún autor, *cf.*: DEL POZO PÉREZ, M.: «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005, pp. 8-9, que «sin duda el sistema actual se asienta sobre valores que nada tienen que ver con las decisiones de política exterior de los Estados, las relaciones entre unos y otros, la conveniencia o la reciprocidad, sino en la tramitación transparente y objetiva, con confianza en las decisiones judiciales, respetuosas de los derechos fundamentales, realizadas por órganos jurisdiccionales independientes, responsables, inamovibles y sometidos únicamente a la Ley y al Derecho».

No obstante, ya abogué por la supresión de dicha referencia en la Constitución, pues su previsión planteaba problemas en los procedimientos de extradición en el plano jurídico, aunque se mantenga su naturaleza de principio sometido al de legalidad y no como una fuente autónoma del derecho extradicional (107). En el nuevo marco europeo de entregas los problemas se agudizan por varios motivos: por un lado, la reciprocidad no está prevista en la ley de desarrollo española de la Decisión-marco, es más, el Partido Socialista formuló una enmienda a la Disposición Transitoria Segunda que no prosperó, en el sentido de establecer el principio de reciprocidad en cuanto a la aplicación temporal de la Decisión marco, bajo el argumento de que hay Estados como Italia y Austria que no aplicarán la «euroorden» más que a los hechos que se cometan después de su entrada en vigor (108); además, el Tribunal Constitucional español (en Sentencia 30/2006, de 30 de enero), ha afirmado que «no estableciendo el artículo 13.3 de la CE derechos susceptibles de ser objeto de protección directa a través del recurso de amparo, la decisión de en qué grado haya de atenderse a la reciprocidad en la decisión de entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia», con lo que si la legalidad ordinaria (ley orgánica 3/2003 española) no prevé nada al respecto del principio de reciprocidad, en mi opinión, en su virtud no se puede fundamentar una denegación a la entrega. En segundo lugar, como ya he constatado, el Gobierno no interviene en estos «nuevos procedimientos de entrega», al cual viene correspondiendo la apreciación de la reciprocidad y no a los tribunales. En tercer lugar, la exigencia de reciprocidad es contraria al espíritu y a los principios en los que se asienta este «nuevo» mecanismo de auxilio jurídico internacional, como el principio de confianza y el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, además de contribuir a la falta de armonización y codificación de la normativa sobre entregas de ya condenados o de presuntos delincuentes.

En España, como ya he apuntado, hay varias resoluciones judiciales en las que se aborda, aunque no se resuelve la problemática de

---

(107) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, pp. 117-124.

(108) Es razonable, a juicio de este grupo parlamentario, que para estos países se pueda acordar un tratamiento recíproco, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 28 de noviembre de 2002, p. 35.

manera directa, el principio de reciprocidad en los procedimientos de ejecución de *órdenes de detención y entrega europea*. Al Tribunal Constitucional español también han llegado casos en amparo alegando la vulneración del principio de reciprocidad en conexión con otros principios como la irretroactividad de las leyes penales, la entrega de nacionales y la publicación de las normativas aplicables. Pero en la única Sentencia de este Alto Tribunal en la que se estudia con más profundidad el principio de reciprocidad es en la Sentencia 30/2006, de 30 de enero (109). En este caso se alegaba vulneración del principio de legalidad del artículo 13.3 de la Constitución que caería bajo la competencia del Tribunal por suponer vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, ya que se argumenta indebida aplicación por parte de la Audiencia Nacional de la Ley 3/2003 (aplicación correcta, en mi opinión, pues se trataba de una orden enviada por Francia el 1 de julio de 2004, fecha que ya estaba en vigor para ambos Estados (110) las normativas correspondientes a las órdenes de detención y entrega europeas), en lugar del Convenio Europeo de Extradición de 1957 (porque Francia aplicaría en caso contrario dicha normativa, pues las órdenes de ejecución en dicho país sólo se podrían tramitar para hechos ocurridos después de 1993) y, en consecuencia, la indebida decisión de entregar a Francia a la recurrente de nacionalidad española, dado que en virtud del principio de reciprocidad, España no habría de extraditar a sus nacionales a Francia, en tanto que Francia, según la reserva efectuada al Convenio Europeo de Extradición de 1957, no extradita a sus nacionales.

En este caso concreto, y con relación al principio de reciprocidad, se alegaba éste como criterio de selección de las normas. El Constitucional no ampara, pues constata que el principio de reciprocidad es una cuestión de la legalidad ordinaria y no aprecia vulneración de derechos fundamentales en la entrega de nacionales pues su prohibición no está prevista en la Constitución y, además, se trata de extraditar a un país firmante de los Convenios sobre protección de los derechos humanos.

Con dicho pronunciamiento, que en mi opinión es correcto atendiendo a las normativas aplicables y al ámbito temporal de éstas, el

---

(109) «BOE» núm 51, de 1 de marzo de 2006. En el resto de Sentencias se pronuncian sobre la posible vulneración de otros principios pero no entran en el fondo sobre el principio de reciprocidad.

(110) Creo que es correcta desde el estricto principio de legalidad. No estoy de acuerdo, por otra parte, en la aplicación temporal que regula ni la Decisión marco, ni mucho menos nuestra Ley 3/2003, pues creo que se tenía que haber declarado el principio de irretroactividad penal, y no aplicarla a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

Tribunal Constitucional no está creando una doctrina sobre el principio de reciprocidad y tampoco afirma, de manera expresa, que no sea aplicable en estos nuevos procedimientos de detención y entrega europea, pero su decisión se basa en la no aplicación de la reciprocidad en una orden de ejecución de entrega enviada a Francia por España, si bien es cierto, como criterio de selección de normas. De haberse aplicado la reciprocidad, España en tal supuesto no hubiera aplicado la Ley 3/2003, sino el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y la reserva Francesa, pues debido a que los hechos eran anteriores a 1993, ésta última sería la normativa que hubiera aplicado Francia en caso contrario y, en consecuencia, se hubiera denegado la entrega de nacionales (111).

#### **F) Falta de armonización y homogeneidad en las legislaciones de los Estados miembros a la hora de transponer la Decisión marco**

Una de las finalidades de adoptar este «novedoso» instrumento de cooperación jurídica internacional a través de una Decisión marco, norma de obligado cumplimiento aunque sin eficacia directa, era homogeneizar todas las normas en el territorio de la Unión en materia de cooperación jurídica internacional y, en concreto, en materia de entrega de presuntos o ya declarados culpables.

---

(111) Sin embargo, la STS 328/2005, de 12 de diciembre, anterior a la tratada en el texto, parecía que sí hubiera sido posible aplicar el principio de reciprocidad en el criterio de selección de las normas, sino hubiera sido por la falta de publicación de la supuesta retirada de la reserva francesa a la entrega de sus nacionales (en virtud de este último argumento es por el cual se concede el amparo al nacional español respecto del cual se había concedido la entrega a Francia). Creo que en tal supuesto se están confundiendo cuestiones y mezclando normativas aplicables. En tal supuesto se estaba ante una ampliación de una extradición (con fecha 29 de enero de 2004) anteriormente solicitada por Francia a España de un español. La Audiencia Nacional concede la extradición de un español porque cree que ya no está en vigor la reserva francesa al CEEExt de 1957 –por la declaración de Francia emitida en 2004–, por la que se denegaba la entrega de los franceses y, en virtud de la reciprocidad, nuestros tribunales denegaban la entrega de los españoles. Pero hay que constatar, en mi opinión, que la declaración francesa del año 2004 se limita a afirmar, como señala expresamente la sentencia del Constitucional ahora tratada, que las disposiciones relativas a la Orden de Detención y Entrega Europea, *cuando pueda ser aplicada*, reemplazará a las disposiciones correspondientes del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, en los procedimientos de entrega entre Estados Miembros de la Unión Europea. Lo que significa que Francia entregará a sus nacionales cuando sea aplicable las leyes que desarrollan la Orden de Detención y Entrega, pero no los entregará cuando sea aplicable el procedimiento de extradición, pues dicha declaración no supone una retirada de la reserva al Convenio de Extradición de 1957, sino la constatación de una sucesión de normas.

Teniendo en cuenta sólo la Decisión marco ya se pueden detectar problemas para conseguir tal finalidad, debido fundamentalmente al sistema de cláusulas facultativas reguladas en dicha norma que confieren a los Estados gran margen de maniobra. Sólo el uso de dichas cláusulas por parte de los distintos Estados, a la hora de transponer dicha normativa a sus ordenamientos, y por parte de los distintos órganos jurisdiccionales de los países miembros, supone una falta de armonización y homogenización en esta materia. Si a ello se añade, además, la práctica de los Estados en la adopción de la Decisión marco, esta falta de homogeneización da lugar a una multitud de normas distintas que regulan las condiciones de entrega dependiendo de los países implicados. Así se ha constatado que los Estados no sólo han hecho uso de esas cláusulas facultativas, sino que en ocasiones han procedido al margen de lo que dispone la Decisión Marco (112).

Así, por ejemplo, la República Checa, Luxemburgo, Eslovenia han limitado unilateralmente su aplicación en el tiempo; la República Checa y Holanda imponen una modulación de penas para alinearlos a su nivel nacional antes de aplicarlos a sus ciudadanos; Dinamarca, Malta, Holanda, Portugal y Reino Unido, han introducido causas de rechazo, en contra de lo que marca la Decisión marco, como el riesgo de discriminación política o consideraciones de seguridad nacional (113); República Checa, Bélgica, Polonia, Eslovenia, Estonia, Grecia y Francia han restablecido la necesidad de la doble incriminación para algunos delitos; Irlanda y Estonia, han excluido de la lista de infracciones que pueden ser objeto de entrega los casos de tentativa y complicidad; República Checa, Malta, Portugal, Eslovaquia, Reino Unido, Francia, Bélgica, han eludido fijar los plazos procedimentales o han superado los límites previstos; Malta y Reino Unido no han adoptado el formulario único disponible para cursar las órdenes de detención y entrega (114).

Si a ello se añade el pretendido principio de reciprocidad aplicable entre los Estados miembros, el caos legislativo existente en esta materia entre los Estados miembros de la Unión Europea no tiene precedente. Ejemplo de esto lo constituyen algunas de las resoluciones anteriormente citadas tanto de la Audiencia Nacional española como del Tribunal Constitucional español, llegando, a mi juicio, a una esquizofrenia legislativa que ha provocado la mezcla de normativas aplicadas a un mismo caso.

---

(112) Las distintas normativas de transposición de la Decisión marco de los Estados miembros pueden encontrarse en la página web del Ministerio de Justicia, [www.justicia.es](http://www.justicia.es): Información Jurídica y Canal Internacional.

(113) *Cfr.* PERAZA PARGA, L.: en *La insignia*, de 19 de julio de 2005.

(114) *Cfr.* [www.lukor.com/not.mun/europa](http://www.lukor.com/not.mun/europa).



Al respecto la Comisión emite un Informe fundado en el artículo 34 de la Decisión marco, COM (2005), de 23 de febrero de 2005, donde concluye que los motivos que introducen los Estados para denegar la entrega fundados en el respeto de los derechos fundamentales no deben ser invocados más que de forma excepcional en el seno de la Unión, pero admite dichos motivos pese a que la Decisión marco no los prevea de manera expresa (115).

Además hay que tener en cuenta un problema de cara a obligar a los Estados miembros a cumplir una Decisión marco, apuntado por la propia Comisión Europea, la Decisión marco ha sido tomada en el ámbito del «tercer pilar» del derecho comunitario y, por tanto, no permite a la Comisión abrir ningún procedimiento de infracción contra el Estado incumplidor (en el caso alemán apuntó que todos los Estados miembros tenían la posibilidad de acogerse a una cláusula de no extradición para sus nacionales si han llevado a cabo delitos en el territorio nacional, según la Decisión marco, aunque Berlín no lo hizo).

Los datos estadísticos tampoco son reveladores del éxito que se esperaba de este «nuevo» instrumento de cooperación jurídica internacional: así en septiembre de 2004, de 653 personas detenidas en virtud de la orden europea de detención y entrega, sólo 104 fueron entregadas al país que los reclamaba.

Como señala el Parlamento Europeo (en un Documento de Trabajo sobre recomendaciones al Consejo de 22 de septiembre de 2005 (116), se están planteando muchos problemas en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y se van a seguir planteando con relación a la puesta en práctica de la Decisión marco, sobre todo en lo que afecta a la protección de los derechos fundamentales, en concreto, con los principios de entrega de nacionales, doble incriminación, penas inhumanas o degradantes; ante tal situación el Parlamento alude a los Considerandos 12 y 13 del Preámbulo y al artículo 1 de la Decisión marco como cobertura legal para que en las órdenes de detención y entrega europea se puedan proteger los derechos fundamentales y denegar en su virtud «euroórdenes». No obstante, y esto es lo que me parece más

---

(115) Cfr. DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 248-252, quien constata que la introducción por los Estados de motivos denegatorios en la entrega no previstos en la Decisión marco provoca un riesgo de dispersión normativa a lo que se suma que tampoco se establecen criterios, ni en la Decisión marco ni en la ley española de transposición, que guíen al juez a la hora de ejercer las facultades que se le confieren.

(116) DT/580979ES.doc

importante, apunta que «el reconocimiento mutuo y una mínima armonización deben ir a la par. Cabría desear un mayor dinamismo en materia de armonización que, sin desdeñar en absoluto ni minimizar las diferencias entre los sistemas judiciales nacionales, refuerce el corpus legislativo común a partir del cual se pueda desarrollar el reconocimiento mutuo. En la situación actual, el Consejo está mostrándose excesivamente timorato en lo que respecta a la armonización, por cuanto que hace recaer toda la carga de la construcción del espacio judicial europeo en el reconocimiento mutuo. Tal método permite lograr avances, pero sus repercusiones resultan limitadas si la base legislativa común es demasiado estrecha».

## 5. CONCLUSIONES

Toda esta exposición tiene el objeto de manifestar una postura doctrinal sobre la figura de la extradición en la actualidad. Pese a que el fundamento más importante de la institución radica no sólo en evitar la impunidad, sino en la protección de los derechos fundamentales, después sobre todo de los atentados de septiembre en EEUU –aunque durante la década de los 90, tanto a nivel político, social y jurídico ya se mostraba a nivel europeo la posibilidad de suprimir o sustituir dicha figura–, esta forma de cooperación jurídica internacional entra en crisis. Los Estados europeos, los políticos y algunos juristas, señalaban que en este ámbito se debían suprimir tales procedimientos tan costosos, complejos y, en algunas ocasiones, ineficaces –no se evitaba la impunidad debido a la tardanza del procedimiento pues el sujeto tenía que ser puesto en libertad–. Aunque, paradójicamente, ya existían Convenios europeos tendentes a la simplificación de los procedimientos de extradición que los propios Estados europeos no ratificaban.

Pues bien, partiendo del fundamento de la extradición anteriormente mencionado, no creo que pueda desaparecer la figura de la extradición ni ser sustituida por otros mecanismos distintos que agilicen el procedimiento, suprimiendo las garantías propias del procedimiento extraditorio. Defiendo una evolución de la institución, en similares términos a los establecidos en los últimos Convenios europeos de extradición –agilización del procedimiento, modificación de algunos principios (como el de no entrega de nacionales, supresión del principio de identidad competencial...)– y en la orden de detención europea, pero no una supresión, pues ésta implicaría ir en contra de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional: esto es, los órganos jurisdiccionales del Estado requerido son responsables de la suerte que correrá el sujeto

extraditado en el Estado requirente, para garantizar el cumplimiento de los Convenios de protección de los derechos humanos.

Por ello, creo que a pesar de la adopción de la Decisión Marco que regula la *orden europea de detención y entrega*, la extradición no ha desaparecido sino que la «euroorden» constituye una evolución de aquélla, que puede ser valorada, con carácter general, de manera positiva, aunque su regulación contiene defectos que debían de corregirse (como la eliminación de diferentes garantías en cuanto a la protección de los derechos fundamentales –condenados en rebeldía, eliminación del principio de doble incriminación, no previsión de las penas inhumanas o degradantes–). Defectos que se han puesto ya de manifiesto con su puesta en práctica por el Tribunal Constitucional alemán.

En mi opinión, no creo que rija para la «euroorden» el principio de reconocimiento automático de resoluciones judiciales, que sería la nota distintiva de este instrumento frente a la tradicional extradición, y ello porque la ejecución de la orden europea también está sometida a obstáculos a través de la articulación de requisitos legales, que deben ser examinados por parte de la autoridad judicial de ejecución para tomar la decisión sobre dicha ejecución o entrega. Creo, además, que ésta es la postura correcta, pues la adopción del principio de reconocimiento mutuo o automático de decisiones judiciales es un proyecto, en la actualidad, demasiado ambicioso como se ha puesto de manifiesto por una parte importante tanto de la doctrina alemana como de la española. La implantación de dicho principio pudiera cuestionar principios fundamentales del Estado de Derecho y garantías constitucionales de los Estados miembros.

Sin embargo, parece que la Decisión Marco no olvida en absoluto el respeto de estos principios que deben reinar en todos los procedimientos de entrega, pues tanto en los Considerandos como en el articulado insiste en la idea de esta protección de los derechos fundamentales de los individuos en el espacio judicial europeo. Pero el problema de su garantía viene dado fundamentalmente en la regulación del procedimiento instaurado finalmente en la Decisión marco al suprimir determinados principios que garantizaban estos derechos fundamentales: la pretendida implantación del principio de reconocimiento mutuo, aunque en su versión restringida, y la supresión de la doble incriminación, pueden conllevar, en la actualidad, a la vulneración de principios fundamentales del Estado de Derecho y con ello a la vulneración de derechos fundamentales como el principio de legalidad, irretroactividad de las leyes penales, derecho a la libertad, a la tutela judicial efectiva... Para que esos derechos y principios se respeten, la regulación en materia penal y procesal en el ámbito europeo debe pasar primero por la armonización de las legislaciones penales y

procesales en aras a garantizar el principio de legalidad, seguridad jurídica: ello fomentaría a su vez el principio de confianza (117) y se estaría en condiciones ya de adoptar el principio de reconocimiento mutuo rodeado de todas las garantías del Estado de Derecho (118).

Quisiera manifestar, a pesar de todo, un juicio positivo de este instrumento de cooperación jurídica internacional que se ha adoptado en el seno de la Unión Europea. Creo, en primer lugar, que no es un instrumento novedoso, sino que constituye una evolución positiva, en líneas generales, de la tradicional extradición y ello debido fundamentalmente al control jurisdiccional que se mantiene en las peticiones de los sujetos inmersos en estos procedimientos. En segundo lugar, el juicio positivo vendría dado por la superación de los obstáculos que planteaban los procedimientos tradicionales de extradición, ya que se articulan procedimientos ágiles y muy rápidos, con lo que se evita la impunidad y, además, que los Estados acudan a otras formas irregulares o ilegales en la captura de presuntos delincuentes o de ya condenados.

No obstante, creo, y ahora viene el juicio negativo, que la regulación de este instrumento de auxilio jurídico internacional es demasiado ambiciosa todavía en el ámbito de la Unión Europea. La supresión de determinados principios o la relajación de otros, es lo que ha supuesto las dificultades prácticas de este instrumento, pues no hay que olvidar que

---

(117) Principio de confianza que es la base que fundamenta la adopción de la Decisión marco y el argumento utilizado para suprimir determinados principios garantistas en los procedimientos de extradición: se afirma que en el ámbito de la Unión Europea no se vulneran derechos fundamentales pues todos los Estados son Estados de Derecho y respetuosos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, pues si eso fuera cierto ¿qué labor tendrían los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Además como dato adicional cabe citar una noticia de prensa según la cual un informe de la UE denuncia la concentración de medios en Italia, en el sentido de «riesgo de grave violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información por una situación de concentración de poder mediático en manos del presidente del Consejo (Berlusconi)...», *cfr. El País*, de 27 de septiembre de 2003. O la noticia aparecida en *El País*, de 6 de septiembre de 2003, sobre la condena a España del Comité de Derechos Humanos de la ONU por vulnerar por segunda vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se refiere al derecho a la doble instancia penal. *Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, B.: La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005, p. 426

(118) En este sentido, DE HOYOS SANCHO, M.: «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005, pp. 215-217; dicha autora apunta, no obstante, en p. 212, que el futuro de la cooperación depende del grado de confianza mutua que haya entre los Estados y de esto depende a su vez el éxito del principio de reconocimiento mutuo. Creo que no sólo basta con la confianza entre los sistemas legales de los Estados miembros, sino que para que exista tal confianza es necesario la armonización entre los ordenamientos jurídicos.

el *ius puniendi* lo siguen ostentando los Estados. El Derecho Penal es un arma que se sigue manteniendo como parte de la soberanía de los Estados, los cuales se muestran muy recelosos a la hora de renunciar a ella. De esta manera, cada Estado tiene un Derecho penal propio y que dista, en muchas ocasiones, de los Derechos penales de los demás Estados. Ello impide, a mi juicio, que se imponga el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, pues ello implicaría en muchas ocasiones, vulnerar derechos fundamentales y obviar principios de Derecho penal reconocidos por Convenios internacionales de protección de los derechos fundamentales, como es el principio de legalidad, principio de irretroactividad desfavorable o principio de seguridad jurídica.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C., «La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la «Euroorden»», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003.
- BUENO ARÚS, F./DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003.
- CALAZA LÓPEZ, S., «El Derecho a la Libertad y la Detención en el ámbito interno e internacional», 2003/2004, en [www.us.es/cidc/Ponencias](http://www.us.es/cidc/Ponencias).
- CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho Extradicional*, Sevilla, 2003.
- CUERDA RIEZU, A., «Extradición, Constitución y doctrina del Tribunal Constitucional», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen III, Universidad del País Vasco, 1999-2002.
- *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Madrid, 2003.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán que declara inconstitucional la ley alemana sobre la Orden Europea de Detención y Entrega», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, en prensa.
- DELGADO MARTÍN, J., «El principio de reconocimiento mutuo: Un paso más en la cooperación judicial internacional», Exposición realizada por dicho autor en La Rábida, Huelva, dentro del Curso de la UIA titulado «El principio de justicia universal en la persecución de los crímenes contra la humanidad», 20-24 de agosto de 2001.
- «La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2003.
- DEITERS, M., «Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, 10, p. 360.

- DEMETRIO CRESPO, E., «El Caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de detención Europea)», en *La Ley*, de 15 de marzo de 2006.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003.
- FONSECA MORILLO, F. J., «La orden de detención y entrega europea», en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero/abril, 2003.
- FUCHS, H., «Bermerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen», en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen una Alternativen», pp. 368-371.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La Extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Granada, 2005.
- GLESS, S., «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116 (2004).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: Reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *La Ley*, de 26 de julio de 2004.
- GONZÁLEZ LECUONA, M.<sup>a</sup> M., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en las primeras euroórdenes de ejecución en España», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 25, año III, marzo 2006.
- HOYOS SANCHO, M. de, «Euro-Orden y Causas de denegación de la entrega», en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- KRESS, C., «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag. Ein Rückblick auf die aussenorderntliche Strafrechtslehrertagung am 7. una 8. November 2003 in Dresden», en *ZStW*, 116 (2004).
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de la extradición en Europa», en *Apéndice Derecho Extradicional* de Carlos Cezón González, Sevilla, 2003.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Anteproyecto de ley sobre la orden europea de detención y entrega», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. de, «Algunas consideraciones sobre la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición», en *Actualidad Penal*, núm. 4, 2003.
- «La detención preventiva a efectos de extradición en el marco de la Unión Europea», en M. Barbero Santos (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario Internacional. Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996. Sección Española de Intercenter*, Cuenca, 1997.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La Orden Europea de Detención y Entrega y la Extradición de Nacionales Propios a la luz de la Jurisprudencia Alemana [Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)]», en *La Ley*, de 5 de enero de 2006.

- PERAZA PARGA, L., en *La insignia*, de 19 de julio de 2005.
- PÉREZ MANZANO, M., «Ius Puniendi, Fronteras y Derechos Fundamentales: Un Modelo Constitucional de Extradición», en *Separata de Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, 2003.
- POZO PÉREZ, M. del, «La Orden de Detención y Entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea», en *La Ley*, de 10 de enero de 2005.
- SANZ MORÁN, A. J., «La Orden Europea de detención y entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material», pp. 81-90, en Coral Arangüena Fanego (Coordinadora), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- SCHÜNEMMAN, B., «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», en *ZStW*, fascículo segundo de 2004 titulado «Die Europäisierung der Strafverfolgung. Rechtsstaatliche Voraussetzungen, Grenzen und Alternativen», pp. 376-399.
- «Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU», en *GA*, 2004, pp. 193-209.
- «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsetwurf auf schiefer Ebene», en *ZRP*, 2003, pp. 185-189.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista Penal*, 13 (enero 2004), pp. 138-150.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., «De la Asistencia Judicial Penal en Europa», en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden de Detención y Entrega*, Valladolid, 2005.
- VOGEL, J., «¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea», en *Derecho penal internacional, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2001.



# La criminalidad como fuente histórica

RAÚL RAMÍREZ RUIZ

Prof. Universidad Rey Juan Carlos

La posibilidad de estudiar la criminalidad como fuente histórica surgió en el transcurso de las investigaciones conducentes a la realización de la tesis doctoral «Córdoba y su provincia 1902-1931» (1). Se trataba de una tesis centrada en el estudio histórico de dicha provincia española durante los treinta años del reinado de Alfonso XIII en todas las facetas de su evolución. Si como decía Tardé, “cada sociedad tiene los criminales que se merece”, es decir, la criminalidad es un correlato exacto del desarrollo social, este campo no debía ser excluido de una investigación de carácter histórico. Pero antes de emprender el estudio de la criminalidad de una sociedad debemos conocer con qué tipo de sociedad estamos trabajando.

## I. CÓRDOBA: TERRITORIO OBJETO DEL ESTUDIO

La provincia de Córdoba es un territorio de 13.770 km<sup>2</sup> (15 por 100 de Andalucía), totalmente interior, alejada de la costa y con perfecta centralidad de la capital dentro de su jurisdicción. El territorio provincial se halla dividido en dos grandes regiones naturales, al norte y sur del Guadalquivir, en cuatro comarcas históricas, dieciséis partidos judiciales y setenta y cinco municipios, de una gran diversidad geológica, económica y demográfica. Huyendo de una excesiva minuciosidad se puede dividir el territorio provincial en cinco

---

(1) Los resultados de dicha investigación se han publicado en: RAMÍREZ RUIZ, R., *La criminalidad como fuente histórica. El caso cordobés, 1900-1931*, Madrid, 2007.

grandes áreas: Campiña, Córdoba capital, Guadiato, Pedroches y Subbética (2).

Históricamente la provincia de Córdoba vivió a lo largo de los treinta primeros años del siglo xx una etapa de desarrollo económico y social. En ellos encontramos una expansión demográfica constante y tendente a la urbanización, pues al final del reinado la población había crecido un 32 por 100.

El progreso económico hará que el peso de la agricultura descienda en la misma proporción en la que se incrementa el del binomio industria-comercio. El cambio de tendencia que marca el incremento de estos últimos sectores se produce en torno a 1916, y, en correspondencia absoluta con él, se produce el cambio social.

Todo este desarrollo no fue lineal, sino que se produjo en virtud a dos momentos fundamentales: la crisis social padecida por la provincia entre los años 1917 y 1921 y la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930). La crisis se extendió entre 1917 y 1921 y afectó a todo el mundo político-social de la época. La inflación, consecuencia de la Gran Guerra, disparó los precios de las subsistencias; detuvo los procesos de urbanización de las poblaciones y estructuración del territorio que se venían desarrollando desde principios de siglo, con lo que contribuyó a colocar en una mayor indefensión a la población que se vio afectada por un incremento de su morbilidad al sumarse a un recrudecimiento de las enfermedades endémicas –viruela, tuberculosis y, en menor medida, paludismo– la epidemia gripal; y quebró el sistema político. Este último había vivido una época de especial dinamismo entre 1910 y 1916 pero con los acontecimientos del llamado *trienio bolchevique* (1918-1920) entró en una fase de «desorientación». Las anteriores circunstancias indican el fin de un ciclo y el comienzo de otro. La dictadura fue un lapso temporal decididamente «particular» dentro del discurso del reinado. En ella fructificaron todos los procesos de desarrollo puestos en marcha en los veinte años anteriores.

Pero pese a todo este desarrollo la provincia de Córdoba en estos años no dejó de ser una sociedad rural con la única excepción de la capital. En el que la capital, por su tamaño demográfico, se diferenciará, cada vez más del entorno. Aún así existen diferencias sustanciales

---

(2) Con la excepción capitalina esta división ya fue propuesta por Cabanas en 1962. Vid. CABANAS, R., «Notas para el estudio de las comarcas naturales de la Provincia de Córdoba», *Estudios Geográficos*, 88 (1962), pp. 353-376. Y es similar a la propuesta por la Junta de Andalucía en 1983. Vid. LÓPEZ ONTIVEROS, A., «Comercializaciones de la provincia de Córdoba», *Estudios Geográficos 182-183* (1986), pp. 38-40.

que nos permiten hablar de dos regiones de desarrollo paralelo y divergente, situadas al norte y sur del Guadalquivir. Dejando al margen a la capital, dentro de esas dos zonas naturales se produce un efecto paralelo consistente en la subordinación de una de sus comarcas a la otra. En el norte, los Pedroches quedan sujetos a la evolución minera del Guadiato y en el sur, las Subbéticas estuvieron subordinadas a la Campiña. Junto a esta división estructural, casi impuesta por la realidad geográfica, se establece una gradación de desarrollo comarcal. Ésta en sentido decreciente es la siguiente: capital, Guadiato, Campiña, Pedroches y Subbética. Las dos últimas presentan, hacia el final del reinado, una tendencia a intercambiar sus posiciones.

## II. EL ESTUDIO DEL CRIMEN. LA FUENTE Y EL MÉTODO: LIBROS DE SENTENCIAS Y NORMA HIPOTÉTICA O ÍNDICE UNIDAD

Los *Libros de Sentencias de lo Criminal y por Jurado*, que se conservan en el Archivo de la Audiencia Provincial de Córdoba, han sido la fuente básica para dicha tarea. Éstos están caracterizados por presentar la información ordenada de forma secuencial lo que permite el tratamiento estadístico (3) así como un seguimiento espacial y temporal pormenorizado del tipo de causas vistas en cada una de las dos *Secciones (Salas)* que tenía habilitada la Audiencia cordobesa a comienzos del siglo xx para juzgar cuestiones relacionadas con la esfera penal.

Por lo demás, las potencialidades ofrecidas por la mencionada fuente no se limitan al análisis de estos elementos cuantitativos (relación completa y extensa de causas juzgadas), sino que, desde el punto de vista cualitativo, aportan un amplio abanico de información tanto sobre los hechos delictivos como de sus autores materiales, permitiendo así construir el perfil de unos y otros.

Desde el punto de vista estrictamente técnico hay que señalar que la colección de dichos volúmenes comienza en el año 1880, extendiéndose de forma ininterrumpida durante todo el siglo xx. Del período objeto de este estudio, 1902-1931, se conservan en la Audiencia casi todas las sentencias dictadas por los tribunales provinciales, encuader-

---

(3) Para una visión sintética del papel jugado por la estadística en los estudios criminológicos *vid.* ROLDÁN BARBERO, H., *Introducción a la investigación criminológica*, Granada, 2004, pp. 41-63.

nadas en los referidos libros, con la salvedad de los tomos correspondientes al año 1902 y los de alguna sección –sala– de los demás años del primer lustro estudiado (4), siendo, en total setenta y seis libros de sentencias de lo criminal y dieciocho de jurado (5).

A la hora de enfrentarnos a la selección y posterior análisis de dicha documentación recurrimos a la formulación de un método estadístico, tomando una porción representativa de la totalidad. Ésta debía abarcar entre el 5 por 100 y el 10 por 100 de las sentencias, procurando que la misma representara todo el período cronológico y el ámbito geográfico de la provincia. Ello lo conseguimos tomando una muestra equivalente al 10 por 100 de los fallos en más de la mitad de los años del período a estudiar, en ambas secciones de la Audiencia (6).

El segundo componente básico de la metodología, tendente a asegurar la representatividad de la selección de sentencias, fue la aleatoriedad de la muestra, pues podríamos caer en lo que otros autores han llamado «la atracción del escándalo» (7), ya que lejos de fijar nuestra atención en los casos y períodos de especial conflictividad, buscábamos las constantes y los cambios de la estructura social a lo largo de todo el período, por encima de anécdotas y crisis coyunturales que pudieran ser sobredimensionados por su intrínseco atractivo. Estas gotas de anarquía, a la hora de escoger los fallos objeto de nuestro posterior análisis, nos obligó, en consecuencia, a una gran disciplina a la hora de respetar la metodología. Los libros –varios por cada año natural– están divididos por sala, y dentro de cada sección presentan una ordenación cronológica de cada una de las causas juzgadas, que, a su vez y debido a que suele haber más de un fallo por día, están numeradas correlativamente, desde el primer día hábil de

---

(4) Los distintos avatares históricos, concretamente los cambios de emplazamiento, que ha sufrido la sede de la Audiencia de Córdoba, han podido ser los causantes de dichas pérdidas. *Vid.* PUEBLA Povedano, A. y Cruz Gutiérrez, J., *Crónica negra de la Provincia de Córdoba*, Montilla (Córdoba) 1998, pp. 517-528. Para el período estudiado las ausencias documentales corresponden a los tomos de la primera sección de los años 1903 y 1904 y la segunda de los años 1905 y 1906.

(5) Frente a lo hecho por autores que nos precedieron en este tipo de trabajo, nosotros preferimos afrontar también el estudio de las sentencias por jurado donde se estudian los delitos más graves, menos y significativos, pero en esencia, no excesivamente diferentes a la pequeña delincuencia, sino que se configuran, simplemente, como una elevación cualitativa en los resultados de un hecho delictivo cimentado en una misma realidad social.

(6) Tomamos cuatro años entre 1902-1910; cinco años de la segunda década 1911-1920 y seis años de la tercera década 1921-1931, en total quince años de los treinta que son el objeto de nuestra investigación.

(7) *Cfr.* BAUMEISTER, M., *Campesinos sin tierra. Supervivencia y resistencia en Extremadura, 1880-1923*, Madrid, 1996, pp. 143-144.

enero al que corresponde el ordinal uno –1–, al último de diciembre. Una vez escogido el año y su correspondiente sección, procedíamos a averiguar cuántas sentencias contenía dicho volumen y con esa cifra obteníamos la del 10 por 100 que debíamos extraer. Tras conocer dicho número se seleccionaban de antemano, y a libro cerrado, cuáles serían las estudiadas, aplicando varios métodos aleatorios para impedir cualquier posible constante en la muestra causada por el sistema elegido o por el de los agentes judiciales encargados de la encuadernación de los volúmenes.

Este factor de azar fue aplicado también a la selección de los años. Se han extractado de las sentencias de lo Criminal: 1903, 1904, 1905, 1906 (8), 1907, 1909, 1912, 1913, 1915, 1918, 1920, 1921, 1923, 1926, 1927, 1929, 1931. Y por Jurado: 1902, 1905, 1907, 1909, 1911, 1913, 1915, 1917, 1919, 1921, 1923 (9).

Para abordar el estudio de ambos tipos de sentencias, y con el fin de describir los hechos y sistematizar las acciones delictivas, procedimos a informatizar los datos con una ficha por cada causa, común para ambos tipos de resoluciones judiciales, con independencia de la composición del tribunal que las dictó. La decisión de crear una ficha-causa en lugar de otra ficha-individuo, vino determinada por el objetivo de la investigación, que centraba nuestro interés en el hecho ilegal como reflejo de la sociedad que lo engendra, y no, especialmente, en el individuo-delincuente (10), aunque gracias al tratamiento dado a la información éste también pueda ser estudiado.

---

(8) Estos cuatro primeros años sólo cuentan con los volúmenes de una sección, la primera en los años 1903 y 1905, y la segunda para 1904 y 1906, por ello presentan esa apariencia de continuidad temporal. En consecuencia en cada uno de ellos disponemos únicamente de la mitad de las sentencias publicadas, ello nos impone la obligación de estudiarlos a todos o ninguno, pues, de lo contrario, distorsionaríamos en gran medida los análisis geográficos para la primera década de siglo, ya que cada una de las Salas ve los casos procedentes de un determinado número de partidos judiciales. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba atendía las causas procedentes de los partidos judiciales de Bujalance, Córdoba, Castro del Río, Hinojosa del Duque, La Rambla, Lucena, Montilla y Rute; la Segunda las procedentes de Aguilar, Baena, Bujalance (1926-1929), Cabra, Córdoba –casos de contrabando–, Fuenteovejuna, Montoro, Posadas, Pozoblanco y Priego de Córdoba.

(9) El golpe de Estado del 23 de septiembre suspendió la actuación de los tribunales de jurado mediante el Decreto de 21 de septiembre de 1923, pasando a verse las causas de su competencia a los tribunales ordinarios de lo criminal. Para una visión sintética y general de los avatares legislativos, constitución, funcionamiento y resultados de los jurados durante la Restauración *vid.* CRUZ GUTIÉRREZ, J. y PUEBLA Povedano, A., *Crónica negra...*, pp.74-76.

(10) Para una argumentación distinta, en favor del modelo de la ficha-individuo, *vid.* CRUZ ARTACHO, S., «Los archivos de la Audiencia para el estudio de la conflictividad social rural en la restauración: Las fuentes sobre la criminalidad», *Actas del II Congreso de Historia de Andalucía, Andalucía Contemporánea*, Córdoba, 1996, III, pp. 449-458.

Una vez recopiladas las sentencias se procedió a catalogar y describir la criminalidad presente en aquel tiempo para, posteriormente, someter dicha información a varios análisis en función de dos «categorías analíticas» con el fin de afinar en la búsqueda de diferencias internas dentro de la provincia: la temporal, basada en cada una de las décadas por las que discurrió el reinado (1900-1910; 1911-1920 y 1921-1931); y la geográfica, cimentada sobre el partido judicial.

Pero para poder calibrar esas diferencias o variabilidad criminalística debimos habilitar un instrumento matemático adecuado: «La Norma Hipotética».

Para la definición de este *coeficiente* o *índice* debemos hacer una abstracción y referirnos a un nuevo concepto: el de *norma hipotética*. Este concepto se basa en la hipótesis de una sociedad ideal e inmutable. En ella la criminalidad sería constante con independencia del tiempo y la geografía.

En consecuencia, en la longitud temporal, el porcentaje de sentencias de un determinado delito en un período temporal concreto –en nuestro caso décadas– debe ser idéntico al porcentaje general de sentencias en dicho lapso, por lo tanto, su cociente debe equivaler a la unidad.

En la magnitud espacial, el porcentaje de sentencias de un distrito territorial –en nuestro caso comarca o partido judicial– dividido entre el porcentaje de población de esa misma demarcación también ofrecería un resultado equivalente a la unidad –1–. A ese resultado, siempre equivalente a la unidad –1–, lo llamamos *Norma Hipotética*.

Al no tratarse, evidentemente, de una sociedad ideal el resultado de ambas operaciones varía. Si los resultados que nos ofrecen son equivalentes o superiores a la unidad –la norma, lo normal– eso significa que en dicho período temporal o distrito la figura delictiva en cuestión afectó de una manera intensa, superior a la que hipotéticamente cabría esperar. Si por el contrario, el valor del coeficiente es inferior a la unidad significa que estamos ante un marco temporal o geográfico con una escasa o nula incidencia de dicho delito –en relación inversa a su alejamiento de la unidad–.

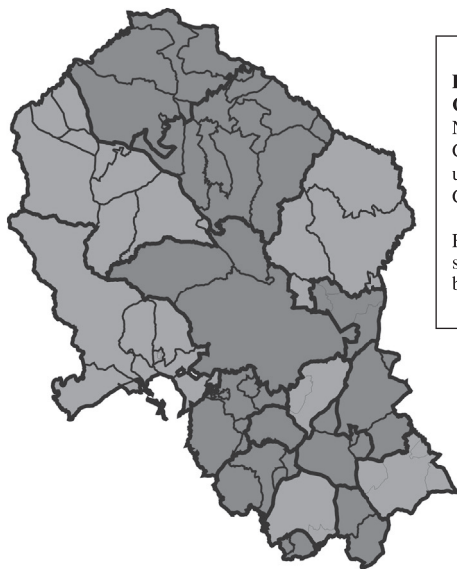
### III. LA CRIMINALIDAD EN CÓRDOBA EN 1900-1930

Al analizar el mundo criminal buscábamos los indicadores caracterizadores de una sociedad de comienzos del siglo xx y nos planteábamos cuatro cuestiones fundamentales sobre la delincuencia o criminalidad: *dónde* se delinque –partidos judiciales y comarca–, *cuándo*

–década y año–, en *qué* aspectos se infringe la ley –los delitos– y, finalmente, *quién* lleva a cabo el hecho –los delincuentes–.

### ¿Dónde?

Los resultados del análisis nos muestran que hay una relación directa entre la delincuencia y la *riqueza*, el *aumento demográfico* y el *monocultivo cerealista*. De hecho, siete de los ocho partidos de mayor criminalidad son los más desarrollados del territorio cordobés, y seis de ellos los de mayor crecimiento demográfico. Y, aunque no es evidente la relación de la criminalidad con el latifundismo andaluz, sí existe en relación a las áreas de monocultivo cerealista (modelo económico que caracteriza a los cuatro partidos en los que la criminalidad no deja de incrementarse a lo largo de las tres décadas) (11).



#### DISTRIBUCIÓN DE LA DELINCUENCIA 1901-1931

NEGRO: Coeficiente superior a la unidad.  
GRIS CLARO: Coeficiente en torno a la unidad (0,90-1).  
GRIS OSCURO: Coeficiente bajo (0-0,89).

Fuente: Censos de población y libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

(11) Tan sólo dos partidos superan el coeficiente unidad, mostrándose por tanto especialmente conflictivos. Montilla, partido judicial mono-municipal, es el territorio cordobés de mayor criminalidad, con una distribución de 1,77 delitos por ciudadano. En unos índices muy parejos se encuentra el partido capital –1,75–. En la frontera del índice 1, encontramos dos distritos con características distintas: en primer lugar Priego de Córdoba –0,99– y con idéntico coeficiente Castro del Río. Ligeramente por debajo de los anteriores se sitúa la cuenca minera de Fuenteovejuna –0,97–; y, aún cerca de la unidad, pero alejándose progresivamente, tenemos los partidos de Posadas –0,95–, Lucena –0,92– y Montoro –0,91–.



DISTRIBUCIÓN COMARCAL DE LOS DELITOS O SENTENCIAS  
RECOGIDAS EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL

COMARCA	PORCENTAJE SENTENCIAS	ÍNDICE/COEFICIENTE
CAPITAL	26 %	1,75
SUBBÉTICA	16 %	1,07
GUADIATO	10 %	1
CAMPIÑA	34 %	0,87
PEDROCHES	11 %	0,73

Fuente: Censos de población y libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

### ¿Cuándo?

Del análisis de las sentencias publicadas entre 1902 y 1931 se concluye que existen ciclos delictivos de siete años refrendados por dos métodos matemáticos independientes entre sí: *Minimización de la Dispersión de Fase* y *Algoritmo Clean* (12). Estos ciclos se ajustan, aproximadamente a los siguientes lapsos 1901-1909, 1910-1915, 1916-1924 y 1925-1931. Dentro de ellos se repite la misma dinámica, que presenta «cuatro momentos»: se alcanza el *máximo* en sus primeros años, a partir de él se produce un súbito *receso* o reducción de la delincuencia, sigue un *repunte* que no alcanza la cota máxima previa y una caída al *mínimo* cierra el proceso (M/R/R/M). El resultado es que la década central del período analizado, 1911-1920, fue la de mayor criminalidad. Información que coincide con los datos históricos del decenio, conocido, en terminología difundida por Díaz del Moral, como trienio bolchevista o bolchevique (13).

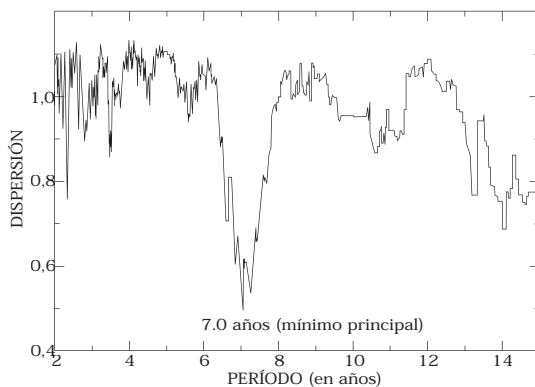
El ciclo de siete años tiene la siguiente representación gráfica según el *Método de Minimización de la Dispersión de Fase*:

---

(12) El «Método de la minimización de la dispersión de fase (*Phase dispersion minimization, PDM*)» fue definido por: STELLINGWERF, R. F., «Period determination using phase dispersion minimization», *Astrophysical Journal*, 15 (1978), pp. 953-998. Vid. ROBERTS, D. H.; LEHAR, J. y DREHER, J. W., «Time Series Analysis with Clean», *Derivation of a Spectrum, Astronomical Journal*, 4 (1969), pp. 968-983.

(13) DÍAZ DEL MORAL, J., *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas, Córdoba (antecedentes para una reforma agraria)*, Madrid, 1967.

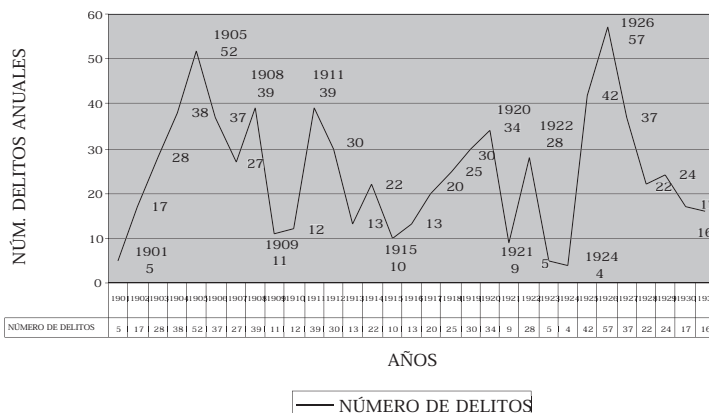
PERIODOGRAMA PDM



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

La dinámica *Máximo, Receso, Repunte, Mínimo (M/R/R/M)* se comprueba al observar la gráfica anual.

EVOLUCIÓN GLOBAL DE LOS DELITOS 1901-1931



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

## ¿Quién?

La respuesta que nos ofrece la investigación también rompe tópicos. Los jornaleros, auténticos desheredados de aquel modelo social, no fueron el grupo de mayor coeficiente de delincuencia. Fue entre los mineros donde el nivel de delincuencia –incluso con violencia física– fue mayor; cinco veces superior al que les correspondería en función a su peso demográfico. Les siguieron los artesanos, más atraídos por el hurto y el robo, residentes en el medio urbano y, sólo en tercer lugar, los braceros del campo. Con estos datos se descarta una posible relación inversa entre pobreza y criminalidad, quedando demostrado que primaban otros condicionantes, como la presencia del alcohol para el caso de los mineros y la de la oportunidad para el de los artesanos.

### COEFICIENTE DELICTIVO DE LOS DISTINTOS SECTORES ECONÓMICOS

SECTOR	PORCENTAJE SENTENCIAS	PORCENTAJE CENSO TORRES (14)	COEFICIENTE
MINAS E INDUSTRIA	4,5 %	0,88 %	5,21
ARTESANOS	16,23 %	5,76 %	2,81
SECTOR PRIMARIO	55,58 %	28,03 %	1,98
SERVICIOS	3,69 %	16,22 %	0,22
AMAS DE CASA	7,76 %	38,87 %	0,20

Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba y Censo Económico de TC 1900. Elaboración propia.

En definitiva, los acusados que pasaron por la Audiencia ratifican que nos encontramos ante una criminalidad nacida en una sociedad y un momento concreto, por encima de las patologías de cada delincuente. El retrato robot del delincuente (cordobés) del principio de siglo sería un varón (15) de una edad media de 33 años, trabajador del

(14) *La Agricultura y Córdoba*, 1 (1900), 1-3.

Los porcentajes que se extraen de estos datos son: sector agrario: 28,03 por 100 de la población total, 57,12 por 100 de los activos; industria y minas, 0,88 por 100; comercio, profesiones liberales 16,22 por 100; amas de casa 38,87 por 100 (siempre del total de la población).

La población inactiva es de 203.929 personas, equivalentes al 48,47 por 100 de la población.

(15) Sólo un 7 por 100 de los encausados son mujeres.

campo, vecino del municipio en el que se comete el hecho (16) (aunque un 33 por 100 de ellos eran de distinta naturaleza) (17); sin antecedentes (18); analfabeto (aunque con unos índices de instrucción más altos que la media de la población, pues un 39 por 100 de los inculpados la tenían de algún tipo); en libertad provisional (pues lo estaban el 80 por 100); y que había llevado a cabo el delito en el casco urbano (19) y de día (20). Será condenado de resultados del juicio (los veredictos de culpabilidad se dieron en el 76 por 100 de los casos) (21).

Los procesados no fueron seres «anormales», sino varones de mediana edad, de escasos recursos económicos e instrucción que delinquirían en función de sus necesidades y de la «oportunidad» que se les ofrecía. Como notas excepcionales que se salen de esta «cotidianidad» aparecen grupos de «delincuentes profesionales», relacionados con las últimas reminiscencias del bandolerismo y con el cuatrерismo de caallerías, en torno a diversos clanes gitanos.

### ¿En qué?

La última pregunta que les hicimos a las fuentes se refiere al tipo de delito: ¿en qué se delinque? La diversidad de modalidades de los delitos se resumen en tres grandes categorías: *contra la propiedad, contra las personas y contra la autoridad*. Los *Libros de Sentencias* muestran una sociedad con una presencia heterogénea de cada uno de los distintos tipos delictivos. El 48 por 100 de los delitos fueron contra la propiedad e implicaron a un 50 por 100 de los encausados en la Audiencia. Los delitos contra las personas ocupan el segundo lugar con un 34 por 100 de los casos y un 29 por 100 de los acusados. Por último, los delitos contra la autoridad representan un 18 por 100 de las causas y un 21 por 100 de los inculpados.

---

(16) Un 15 por 100 eran vecinos de otra localidad.

(17) Un total de 373 de 1.118.

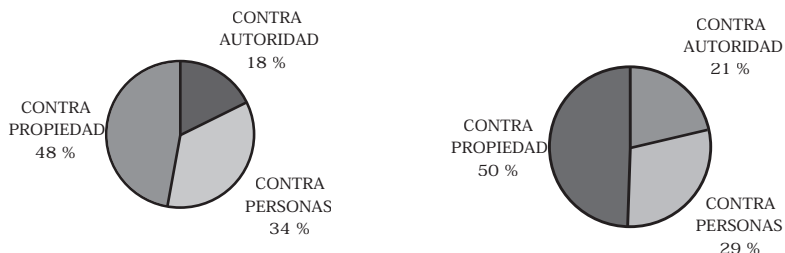
(18) Un 20 por 100, 223 de 1.118 son los que tienen antecedentes.

(19) En el casco, 457 casos un 60 por 100; en el campo 235 un 31 por 100 y 71, un 9 por 100, sin definir.

(20) Hemos encontrado en 130 casos, sólo un 17 por 100, en los que se especifica la noche como momento del hecho.

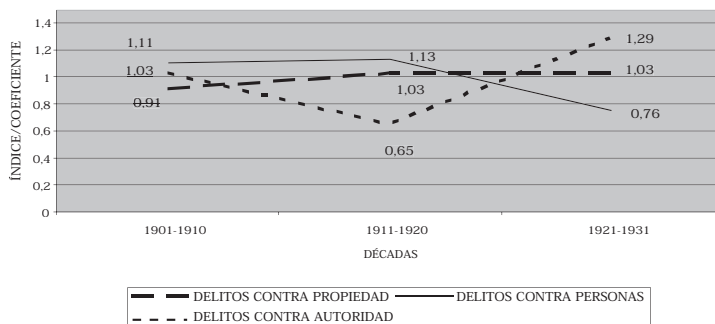
(21) Serán absueltos 265 individuos de 1.118, es decir un 24 por 100.

## PORCENTAJE DE ENCAUSADOS



Su evolución a lo largo del tiempo nos aporta más información:

## EVOLUCIÓN DE LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DELICTIVAS POR DÉCADAS



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

A lo largo del tiempo los delitos contra la propiedad y contra personas presentan una «interesante» complementariedad y una gran estabilidad –mayor en los primeros (robos) que en los segundos (agresiones)–. Las sentencias contra la propiedad se mantienen ligeramente bajo la norma en la primera década del siglo, y justo en ella en los veinte años restantes. Por el contrario, la violencia se sitúa sobre la norma de manera inalterable en los dos primeros decenios, cayendo de una manera significativa en la tercera década del siglo. A priori, este dato parece reforzar las teorías que hablan de la modernización de las sociedades en paralelo al crecimiento de los delitos contra la propiedad.

Los delitos contra la autoridad, siempre más al albur del legislador, son los de una menor estabilidad. El alto índice de la primera década está influenciado de una manera definitiva por la presencia, en un 41 por 100 de sus causas, por el delito de «contrabando» correspondiente a la incautación de plantaciones ilegales de tabaco, y la excepcional cota de los años 20 por el recién nacido delito de «tenencia ilícita de armas de fuego», que copa el 68 por 100 de sus causas.

#### IV. LA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DESDE LA CRIMINALIDAD

Esta cuestión ¿en qué se delinque? sirve para realizar la «reconstrucción de la realidad histórica a partir de la delincuencia», es decir, la criminalidad como fuente histórica, ya que la delincuencia es reflejo de la sociedad en la que actúa. Repasemos brevemente los diferentes tipos de delitos, reflejo de diversas facetas de la actividad humana.

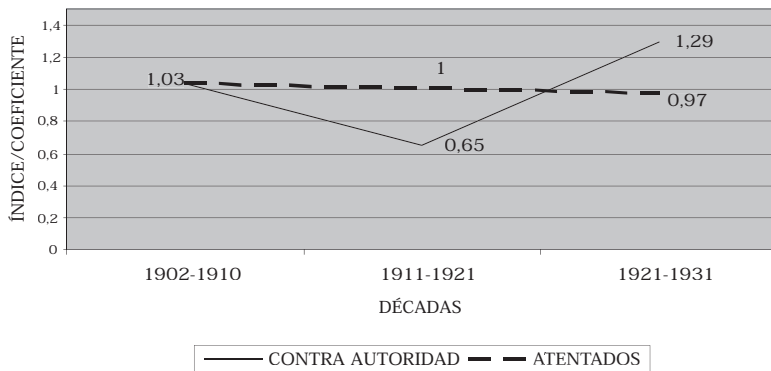
##### **Delitos contra la autoridad**

Los delitos contra la autoridad son los que afectan, fundamentalmente, al orden y al erario público. Estos delitos permiten analizar la presencia y evolución de la Administración del Estado. Entre ellos, la primacía absoluta corresponde a las agresiones a la autoridad, tipificadas en la época como atentados y desórdenes públicos; son significativas faltas como la tenencia de armas de fuego y el contrabando y se incluyen en esta categoría delitos contra la salud pública, falsificación de moneda, uso de nombre supuesto, falsedad e infidelidad documental, malversación de fondos públicos y delitos contra el culto.

Su análisis conjunto muestra el reforzamiento de la autoridad del Estado a lo largo de aquellos años, como se comprueba en la labor de erradicación del contrabando del tabaco y de armas de fuego ilegales. También se detectan las carencias del sistema político, como el caciquismo y la corrupción, pues en ninguna de las causas en las que se vio comprometido un cargo público se dictó veredicto de culpabilidad.

Cuestiones legislativas hacen que sean la categoría delictiva más inestable.

EVOLUCIÓN COMPARATIVA POR DÉCADAS  
DE LOS DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD Y LOS ATENTADOS



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

Durante los primeros años de siglo su presencia se ve incrementada por la persecución del contrabando de tabaco. Suponen un 14 por 100 del total de los delitos contra la autoridad y se ajustan a la primera definición que da el Diccionario de la Real Academia Española: «Comercio o producción de géneros prohibidos por las leyes a los particulares», pues, en este momento, el término equivale a los procesos incoados por la plantación ilegal de tabaco.

En dichas sentencias se retratan las incautaciones de las plantas de tabaco, llevadas a cabo por los inspectores del monopolio estatal, en el mismo terreno en el que se hallaban sembradas. La forma en la que se producían las actuaciones responden a la pauta del siguiente:

«Juan Porras R. y José María Porras G., jornaleros y vecinos de Cardeña... El día siete de julio de 1905 agentes de la Compañía Arrendataria de Tabaco encontraron en el sitio conocido como “Quemadillas” en el término de Montoro propiedad de don Alfonso Cano, una plantación de tabaco... procedieron... a arrancar un total de 7.322 plantas, con peso aproximado de 1.400 kilos... sembradas por los procesados y con un valor legalmente tasadas en 1.728 pesetas. Hechos probados» (22).

(22) AAPCO, L. S., 1909, núm. 58, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 169, 16 de septiembre de 1909.



El fuerte incremento de los delitos contra la autoridad que se observa en los años 20 se debe a la campaña de incautación de armas de fuego ilegales llevada a cabo por la dictadura del general Primo de Rivera. En el 90 por 100 de los casos la Guardia Civil incauta el arma a un individuo que la porta sin haberla usado. Principalmente, se trata de escopetas:

«El 2 de mayo de 1926, en el sitio llamado “Barranco del Val de la Loba”, del Viso, fueron encontrados por la Guardia Civil... siéndoles encontrada una escopeta a cada un para cuyo uso carecían de licencia. Hechos probados» (23).

La información fundamental que este tipo de delitos nos aportan para la reconstrucción histórica es la de discernir si detrás de los atentados y desacatos a la autoridad, un 74 por 100 de los delitos contra la autoridad, se oculta una agresión contra la persona o contra el cargo (policía, concejal, alcalde). La conclusión del estudio nos desvela que, en la España rural de principios de siglo, los delitos contra la autoridad no fueron en absoluto escenarios de conflictos de clase o de confrontación abierta con el poder del Estado, sino agresiones físicas comunes (presentan una dinámica paralela al delito de lesiones). El papel del alcohol y los resentimientos personales en ellos es importante. Las causas suelen responder al siguiente modelo:

«El día 15 de julio de 1903, sobre la una de la madrugada en la calle de Gutiérrez de los Ríos, los procesados, que ya habían estado en varias tabernas bebiendo... estaban borrachos, sin que se sepa sea su estado habitual, promovieron cuestión y escándalo, agrediendo [el Pando al Peinado] con un palo, produciéndole lesiones que curaron sin asistencia facultativa... se presentó una pareja de municipales que quisieron quitar al [Pando] una piedra que tenía en la mano y, éste, le dio una bofetada al guardia por lo que fue detenido... [se lo llevaron a la inspección y después volvieron a por Preciado] sin que éste por su parte resistiera ni desobedeciera a los guardias, lo condujeron a la inspección ocupándole dos navajas y una al Pando. Hechos probados» (24).

No obstante, se reconocen algunas excepciones en los momentos de mayor crispación política, en los que las querellas electorales o anticlericales fueron el móvil último de ciertas agresiones (25).

---

(23) AAPCO, L. S., 1926, núm. 103, Secc. 1.ª, núm. Sentencia 310, 31 de diciembre de 1926.

(24) AAPCO, L. S., 1903, núm. 41, Secc. 1.ª, núm. Sentencia 198, 31 de diciembre de 1903.

(25) Como ocurre en el pueblo obrero y conflictivo de Castro del Río en el período de la postguerra mundial conocido como trienio bolchevique.

## DISTRIBUCIÓN COMARCAL DE LOS ATENTADOS

COMARCA	COEFICIENTE DE ATENTADOS
CÓRDOBA	1,51
GUADIATO	1,18
CAMPIÑA	1,05
SUBBÉTICA	0,75
PEDROCHES	0,58

Fuente: Censos de población y libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

La distribución comarcal nos permite observar que se produce una relación directa entre desarrollo económico y delitos contra la autoridad.

### Delitos contra la propiedad

Con los «delitos contra la propiedad» se rastrea la transformación desde la sociedad rural a la mercantil monetarizada, mediante un análisis exhaustivo en torno a la cuestión de «¿qué se robaba?». En aquella sociedad descubrimos que se robaba, en orden decreciente, dinero, efectos (objetos comerciales, industriales y personales), frutos del campo (cereal, aceitunas, leña, vegetales, bellotas y frutas), caballerías, ganado y alimentos. Pero esta jerarquización no fue constante, apareciendo una sucesiva sustitución en la primacía de los elementos sustraídos que retrata la evolución del sistema económico. Durante las hambrunas de principios de siglo los frutos del campo fueron el elemento más atractivo para el hurto.

«El dieciocho de noviembre de 1911, [el acusado] condenado con anterioridad en juicio por faltas de hurto, fue sorprendido por la guardia civil en la finca denominada “Portezuelo”, sustrayendo bellotas propias de José Blanco García, ocupándole tres celemines del expresado fruto tasados en 45 céntimos de peseta, entregados a su dueño en depósito. Hechos probados» (26).

Una vez comenzada la Primera Guerra Mundial, sus consecuencias económicas (inflación, escasez de productos de consumo) hacen que el robo de efectos industriales y comerciales se convierta en el

---

(26) AAPCO, L. S., 1912, núm. 70, Secc. 2.ª, núm. Sentencia 169, 25 de octubre de 1912.

delito dominante (de manera tímida en principio y avasalladora en los momentos cruciales de la crisis de 1917 a 1920). En ellos podemos hacer una diferencia fundamental entre el robo de *productos industriales y comerciales* (PCI); el de *objetos personales* (OBP), de lujo y ropas; el de *objetos de trabajo* (aperos y herramientas) –OBT–; y el muy minoritario, pero significativo, de *objetos de culto* (OBC).

#### Objetos comerciales:

«El veintisiete de julio de 1927, [el procesado] fue a la relojería de don Francisco Pérez en el número 30 de Alfonso XIII y pidió le enseñara algunos relojes... guardándose uno tasado en 45 ptas., [el relojero] lo registró... y [lo] encontró en el bolsillo de la blusa...» (27).

#### Objetos industriales:

«... en fecha no determinada [de 1905] el acusado... –ya condenado cuatro veces por otros delitos de hurto– sustrajo tres tubos de hierro de la Sociedad Minero Metalúrgica de Peñarroya (SMMP)... vendió uno por dos pesetas y escondió los otros dos en unas zarzas... encontrados... apreciados pericialmente en 17 pesetas ...» (28).

#### Objetos personales:

«En la noche del dieciocho de enero de 1905, [los encausados] se apoderaron en una posada de Villanueva del Rey de una manta de algodón y otros efectos pertenecientes a don E. V. C., valorados en 17,75 pesetas... recuperados y en poder de su dueño... Hechos probados» (29).

Por último, la dictadura fue el período de mayor dinamismo económico y el robo de dinero pasó a ser el más habitual. Los años 20 fueron la década en las que se generalizó la circulación monetaria. Por primera vez en la centuria pasada las personas llevan suficiente dinero «de bolsillo» como para ser objeto de atracos callejeros y víctimas de carteristas:

---

(27) AAPCO, L. S., 1927, núm. 107, Secc. 1.ª, núm. Sentencia 262, 19 de octubre de 1927.

(28) AAPCO, L. S., 1906, núm. 44, Secc. 2.ª, núm. Sentencia 84, 19 de junio de 1906.

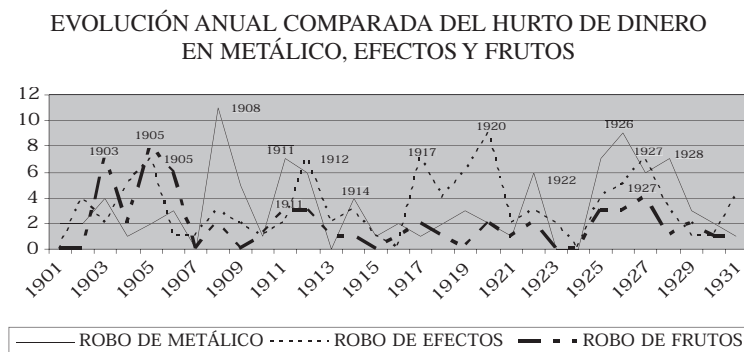
(29) AAPCO, L. S., 1906, núm. 44, Secc. 2.ª, núm. Sentencia 144, 25 de octubre de 1906.

«... en la noche del veintiséis de junio de 1927... estuvo bebiendo vino y cenando con A. Rivilla, llegando a emborracharse el Rivilla... se marchó a las afueras del pueblo donde el procesado lo dejó dormido y le quitó 125 pesetas que guardaba en un bolsillo de su americana...» (30).

Hasta los años 20 el robo de metálico había sido minoritario con una casuística repetida: se robaba de la casa del propietario allanando su morada y forzando el arca en el que tenía guardados los ahorros de toda una vida. Por supuesto, el responsable o inductor era alguien del círculo próximo que conocía la existencia y situación del capital. Los casos responden al siguiente modelo:

«... los acusados [dos individuos]... entraron, la noche del 4 al 5 de mayo de 1903, en una casa de la calle Real de Villanueva... estando accidentalmente fuera sus moradores y donde su dueña se había reservado una habitación... entraron por las tapias y el techo violentando el arca de la habitación de [la propietaria del inmueble]... llevándose 1.447,70 ptas. [También fue acusada la vecina]... de dar información, facilidades para saltar la tapia y un candil, para alumbrarse, a los ladrones, aunque el jurado la absolvió» (31).

Gráficamente la sustitución sucesiva de los materiales sustraídos presenta la siguiente figura:



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

(30) AAPCO, L. S., 1927, núm. 109, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 315, 25 de octubre de 1927.

(31) AAPCO, L. S., J. 1905, núm. III, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 756, 6 de abril de 1905.

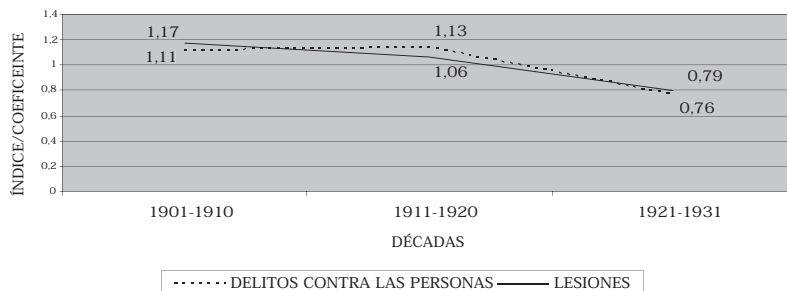
La geografía económica del territorio queda dibujada en el mapa de sus robos. Así, se roban productos industriales en la cuenca minera, y bienes comerciales en la capital; madera y leña en el norte serrano, donde pervive la tradición de usos comunales del monte; en cambio, cereal y aceitunas en las campiñas meridionales. El robo de ganadería mayor es prácticamente inexistente, no así el de la menor, muy relacionado con el hurto de alimentos, que repunta en los años de carestía, demostrando con ello que nos encontramos ante una sociedad en la que existía el hambre de manera endémica, pero no acuciante. En definitiva, el cuadro dibujado por el análisis de los delitos contra la propiedad retrata un territorio rural, de difíciles comunicaciones interiores, donde la población vive en los límites de la subsistencia pero que presenta un claro saldo modernizador al término de los treinta años estudiados.

### **Delitos contra las personas**

Gracias a los «delitos contra las personas» nos aproximamos al mundo mental de la época desde las perspectivas de su violencia y moralidad/sexualidad. Los delitos encuadrados dentro de este apartado son: lesiones, disparo, homicidio, asesinato, parricidio y otros con resultado de muerte, contra la moralidad (violaciones, estupro, abusos a menores) y el bandolerismo.

Las lesiones son el reflejo de la violencia cotidiana de aquella sociedad, pues representa el 62 por 100 de la totalidad de las agresiones físicas, copando el 60 por 100 de los inculpados. A esta importancia cualitativa suma que raramente aparecen en ellas las anomalías mentales presentes en los asesinos y violadores. Su dinámica temporal y distribución geográfica son, por tanto, paralelas a la general y determinantes en ella. En el análisis temporal de los delitos contra las personas se comprueba que la violencia desciende de manera continua a lo largo de los años. Aún así, y de manera muy significativa para los análisis sociológicos, el estudio constata que en los años de profunda crisis socioeconómica la violencia en las relaciones cotidianas se hace más intensa (ob-sérvese en la gráfica el repunte de la década 1911-1920).

### EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS, EN GENERAL, Y DE LAS LESIONES POR DÉCADAS



Fuente: Libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

Geográficamente la delincuencia contra las personas se distribuyó por las distintas comarcas provinciales de la manera siguiente:

#### DISTRIBUCIÓN COMARCAL DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

COMARCA	PORCENTAJE SENTENCIAS	ÍNDICE/COEFICIENTE
CAPITAL	23 %	1,53
GUADIATO	12 %	1,20
SUBBÉTICA	22 %	1,05
CAMPIÑA	32 %	0,82
PEDROCHES	12 %	0,80

Fuente: Censos de población y libros de sentencias de la Audiencia de Córdoba. Elaboración propia.

Comarcualmente se establece una relación entre diversificación económica e índice de violencia física. De tal manera que, las dos comarcas de una economía y circunstancias más tradicionales, la Campiña y los Pedroches, son las únicas que no alcanzan la norma hipotética, en unos índices muy parejos, concretamente en un 0,82 y 0,80, respectivamente. Las restantes tres demarcaciones superan la unidad en relación directa a su diversificación económica. La capital es la circunscripción que presenta un mayor coeficiente delictivo cifrado en un 1,53; le sigue la cuenca minera, con un 1,20, y por último la Subbética (la más deprimida), en las fronteras superiores de la norma, 1,06.

Bajo la denominación del delito de lesiones las autoridades judiciales encuadraban las peleas, riñas, e incidentes varios de pequeño

radio, entre personas del mismo entorno social y vecindad. Se trata de una agresividad espontánea, primitiva, en la que el límite entre la violencia verbal y la física se rebasa con una fluidez asombrosa. Los móviles, como ya dijimos, en un alto porcentaje de las causas permanecen ocultos, incluso para los contemporáneos, alegando los propios tribunales la ausencia de motivos aparentes. Así, en el siguiente caso los propios tribunales hablan de motivaciones fútiles:

«El 30 de octubre de 1930, trabajando en la mina “La Calera” del término de Peñarroya [el acusado] tuvo algunas palabras con Luis Pozo León por fútiles motivos... arrojando el procesado al [otro] un espetón que tenía en las manos causándole una lesión en la costilla que requirió cuarenta y dos días de asistencia sin defecto. Hechos probados» (32).

Los delitos con resultado de muerte –homicidio, asesinato, parricidio, infanticidio–, expresión máxima de la brutalidad de aquella sociedad, son un 5 por 100 de las sentencias publicadas en estos treinta años en la Audiencia Provincial e implicaron a un 5 por 100 de los encausados.

El homicidio supuso las tres cuartas partes de los delitos que terminaron en muerte. Aparece en las sentencias como sublimación desgraciada de un delito de lesiones agravado por un mal golpe, una puñalada o un disparo certeros. Por ello, en muchas ocasiones, aparentemente, carece de móvil. Cuando éste se refleja en la sentencia de manera diáfana suele girar en torno a las pasiones humanas, fundamentalmente las amorosas (sobre todo noviazgos no correspondidos o aceptados) y en algún caso las políticas. Los resentimientos ocultos, la envidia y sobre todo el alcohol, son fundamentales en el homicidio:

«Reunidos en Bujalance... el 21 de mayo de 1926, desde la primera hora de la mañana con Juan Romero Calleja, recorrieron varias tabernas hasta que se emborracharon, estado que no era habitual en el procesado, lo que dio lugar a varias discusiones entre ambos, hasta llegar a las cinco de la tarde a la taberna de José Quintano en la calle... discutieron tranquilamente y de improviso [el acusado] sacó un cuchillo y se lo clavó en el estomago al [interfecto]... que murió a las ocho de la mañana siguiente. Hechos probados» (33).

---

(32) AAPCO, L. S., 1931, núm. 117, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 74, 9 de abril de 1931.

(33) AAPCO, L. S., 1926, núm. 105, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 316, 2 de diciembre de 1912.



Los asesinatos son muy distintos a los homicidios. En ellos se necesita premeditación y el móvil siempre aparece claro. El afán de lucro es el causante del 60 por 100 de las muertes que se producen por disputas relacionadas con la herencia o por la propiedad de la tierra y sus aprovechamientos. El restante 40 por 100 de los asesinatos se deben a causas pasionales relacionadas con el adulterio y la defensa del honor. A diferencia de los homicidios, en este caso el alcohol apenas tiene incidencia alguna.

«[En la tarde del 14 de diciembre de 1907] ¿A. Segovia dio en el kilómetro 42 de la carretera Córdoba a Almodóvar, sitio Ballesta, varios disparos contra don Ricardo Molero Castro, alcanzándole en el pecho y matándolo? Sí.

¿... se apostó a esperarlo pues sabía que volvía de Espiel? No.

¿... no había amanecido cuando disparó y se aprovechó de tal hecho para llevar a cabo su fin? No.

¿... el sitio es solitario y aislado? Sí.

¿... el acusado es zagal de una piara de cerdos de Quintín Murillo...? Sí.

¿... pertenecía al acusado Quintín Murillo la escopeta con la que efectuó los disparos...? Sí.

¿... el zagal discutió con el interfecto porque él [aquél cabrero de profesión metía el ganado de don Manuel Olmo, también a su cargo] en las tierras del interfecto, pese a sus repetidas denuncias? Sí» (34).

Los infanticidios abren el camino a los crímenes relacionados con la sexualidad al ser considerado un delito causado en defensa del honor de la mujer. Corresponden a casos en los que una madre soltera da muerte a una criatura recién nacida de una relación no reconocida. Este delito recoge las características morales de aquel momento, en este caso bastante hipócrita, pues el 100 por 100 de los encausados fueron absueltos, declarados inculpables, para ser exactos:

«¿... es culpable de haber dado muerte comprimiendo el cuello, a una niña de todo tiempo y viva que acababa de dar a luz, cuyo hecho ejecutó para ocultar su deshonra? No...

¿El hecho tuvo lugar a unos 100 metros de la casa que en Villaharta posee Rafael S. C., en la mañana de 15 de septiembre de 1912? Sí...

FALLAMOS: ... absuelta por inculpabilidad» (35).

(34) AAPCO, L. S. J., 1909, núm. VII, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 2, 25 de enero de 1909.

(35) AAPCO, L. S. J., 1913, núm. XI, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 27, 20 de noviembre de 1913.

El excepcional porcentaje de absoluciones en los infanticidios y abortos provocados, es reflejo de la actitud de una sociedad frente a la sexualidad en sentido restrictivo y hacia la moral en sentido amplio. La visión del honor, la familia y el lugar ocupado por la mujer y los hijos dentro de ella se muestran de manera diáfana en los delitos relacionados con la honestidad –violaciones, abusos deshonestos, estupro, corrupción de menores, raptó y adulterio–, que representan el 6 por 100 de las sentencias y un 7 por 100 encausados. Un 90 por cien de las víctimas fueron mujeres y un 60 por 100 menores de edad. Las absoluciones superan el 90 por 100 de los casos. Dicho dato se explica porque en la inmensa mayoría de las ocasiones la agresión no llegó a consumarse, por el socorro *in extremis* de «algunas personas» –las sentencias siempre usan dicha expresión– que pasaban por allí y oyeron gritos. La repetición milimétrica de las alegaciones en causas de variada fecha y localización, así como la descripción del hecho, e incluso de la anatomía de la víctima, indican que las declaraciones de «inculpabilidad», es decir, falta de pruebas, eran más que discutibles.

- «1. ¿... es culpable de haber yacido con J. R. D., esposa de R. C. S... cogiéndola del cuello con una mano y tapándole la boca con la otra... arrojándola al suelo para realizar contacto carnal, como lo verificó, en ocasión en que la [víctima] se dirigía a la huerta que tenía en el sitio del Guadarramilla, el 4 de julio de 1908? No.
2. ¿Es sólo culpable, de haber intentado yacer lo cual no verificó por las suplicas y voces de ésta y temeroso del auxilio que pudieran prestarle los que pasaban por el camino? Sí.
3. ¿... estaba borracho y no es habitual? Sí» (36).

En cuanto al abuso de menores la situación se repite, si bien en esta ocasión las absoluciones se limitan al 60 por 100 de los casos. Se condenó a aquellos acusados cuya implicación era absolutamente indiscutible, cuando el hecho se producía, por ejemplo, en una celda de la cárcel o cuando contagiaron de una enfermedad venérea a la víctima, con la que cohabitaban en la misma casa. En caso de no darse estas restrictivas circunstancias, la absolución fue inmediata (y la sospecha de culpabilidad absoluta desde la mente contemporánea que lee la sentencia).

Los casos de estupro y raptó nos adentran en la sensualidad de la época, en sentido amplio, pero no son agresiones físicas propiamente dichas. Son un ejemplo de las concepciones sociales, psicológicas y

---

(36) AAPCO, L. S. J., 1909, núm. VII, Secc. 2.ª, núm. Sentencia 24, 27 de julio de 1909.

religiosas ante las relaciones prematrimoniales. Se trata en realidad de raptos de muchachas a manos de sus «enamorados». La Audiencia interviene en esta situación ante las denuncias interpuestas por los padres de las jóvenes que abandonan el hogar para consumir sus amores. Tradición con profundas raíces antropológicas, rapto ritual, simbólico, no real, la denuncia era usada como arma de coacción para empujar a los jóvenes al matrimonio. A consecuencia de todo lo anterior se comprende que el jurado dictara la absolución de todos los procesados en estas causas.

«Causa instruida a instancia de Patrocinio Carmona Fernández como representarte legal de su hija Patrocinio M. C. ... denunció a la policía y mantuvo luego en forma de querrela que el procesado Julián Francisco I. C., consiguió acceso carnal con su hija... seduciéndola con la promesa, no cumplida, de contraer matrimonio, sin que de las diligencias sumariales de las pruebas practicadas nazca la convicción de ser ciertos los extremos objeto de la querrela» (37).

Estos delitos nos hablan del arcaísmo de aquella sociedad rural. Éste también se ve reflejado en los casos de bandolerismo encontrados en la investigación. Pocos delincuentes se han vistos rodeados de una orla romántica y mitológica como la figura del bandolero, más aún si éste era andaluz. En muy pocas ocasiones realidad y mito tienen alguna coincidencia que supere la casualidad puntual. Y este caso no es excepcional. El primer tercio del siglo XX será testigo de las fechorías de la cuarta y última generación de bandoleros protagonizada por hombres que alcanzaron la fama como «El Pinales», «El Vivillo», «El Vizcaya» y un sinnúmero de acompañantes e imitadores. Este período corresponde a una fase final y decadente del bandolerismo, caracterizada por rapacidades de escasa cuantía (robo de un cerdo, por ejemplo), la actuación en pareja [por razones de efectividad a la hora de la huida, según Bernaldo de Quirós (38)] y una tolerancia social cero hacia este tipo de actuaciones, que incrementa exponencialmente la efectividad de la Guardia Civil. Aún así, el bandolerismo aparece directa o indirectamente por todo el territorio y de forma constante

---

(37) AAPCO, L. S., 1931, núm. 116, Secc. 1.ª, núm. Sentencia 70, 30 de abril de 1931.

(38) Bernaldo de Quirós definió esta pareja de colaboradores como «la más simple y perfecta para la agresión y, sobre todo para la defensa». BERNALDO DE QUIRÓS, C., *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la Baja Andalucía*, Sevilla, 1992, p. 11.

hasta 1921. El nada romántico fin del bandolerismo andaluz se puede resumir en el siguiente Acuerdo Capitular del Ayuntamiento de Lucena, sección de beneficencia: «Abónese los gastos causados al conducir al cementerio el cadáver de Manuel López Ramírez (a) Vizcaya, muerto violentamente por un casero de este término» (39).

La figura penal bajo la que aparece el mayor número de casos de bandolerismo —el 50 por 100 en concreto— es la de «amenazas». Y corresponde a la conminación, de la que hablara Bernaldo de Quirós, característica de un *neobandolerismo* que tendía a su conversión en una exacción tributaria (40). El procedimiento seguido por los delincuentes era el de amenazar la integridad de un propietario terrateniente, sus familiares o bienes, si no se avenía a entregar una determinada cantidad, depositándola en el lugar que se le indicara, normalmente un paraje rural. La intimidación se comunicaba mediante una nota, entregada en las manos de los sirvientes o depositada bajo la puerta, sin firma o con seudónimo de un gran bandolero. Dentro de esta tipología se pueden observar dos modelos: de un lado se encuentra los que actuaban en solitario (un 31 por 100 de los casos); de otro, los que lo hacían en pareja, un 23 por 100 de los mismos:

«El 19 de noviembre de 1913, Ángel Úbeda Pérez y Manuel Reyes Soto puestos de acuerdo... Ángel U. P. escribió una carta, dirigida a don Domingo Mazuelas vecino de Cabra, exigiéndole la cantidad de 1.000 pesetas, con amenazas de muerte, entregando dicha carta [los procesados] a Manuel Polo, casero de don Domingo Mazuelas en la finca denominada “Bernabé”, término de Carcabuey diciéndole ... que la llevara a su amo y que esperaban contestación en los torcales del valle donde hay tres peñones grandes a las cinco de aquella tarde... puesto en conocimiento de la guardia civil, fueron al sitio a la hora señalada sin que apareciera nadie» (41).

---

(39) AMCO, AC, Lucena, 29 de septiembre de 1920, BOPCO, 286 (1920), pp. 3-4.

(40) Bernaldo de Quirós definió esta tipología delictiva como la segunda novedad evolutiva del último bandolerismo andaluz, con las siguientes palabras: «Pero en su marcha evolutiva, perfeccionada, que pudiéramos actual, el neo-bandolerismo que pudiéramos decir, adopta otra forma más tolerable: la exacción tributaria que, sin dejar de ser una coacción y una amenaza, ha sabido convertirse casi en una institución de seguro de personas, ganados y cosechas, seguro que no pocos propietarios consideran tolerable y hasta preferible á cualquier otro, confirmando así la antigua sentencia de que los pueblos tienen los criminales que se merecen y que prefieren». BERNALDO DE QUIRÓS, C., *Bandolerismo...*, p. 13.

(41) AAPCO, L. S., 1915, núm. 76, Secc. 2.<sup>a</sup>, núm. Sentencia 1, 9 de enero de 1915.

La figura penal que hemos considerado definitiva del bandolerismo, el asalto, también está presente mediante actuaciones violentas en los campos. De los variados casos de asaltos recogidos quizá el más prototípico es un caso procedente de Hinojosa, en cuyo término el 13 de enero de 1908 aparecieron dos mineros, uno de ellos diciendo ser sobrino del Pinales, que tras intimidar a un labriego vecino, se dirigieron armados con pistolas y tercerolas a la finca «Cañadilla», propiedad de uno de los terratenientes más importantes de la población serrana, José Ortiz Torrico, robando por intimidación armada al empleado que estaba en «la besana los dos mulos con los que estaba arando, valorados en 1.700 pesetas...» (42).

En definitiva, este estudio de los delitos contra las personas nos presenta una sociedad donde la violencia es *cotidiana* (habitual y motivada en causas fútiles) y *arcaizante* (tanto por la brutalidad de las agresiones como por la presencia de abundantes casos de bandolerismo), y donde la moral dominante considera un tabú la sexualidad, dejando a la mujer en una posición de indefensión.

## V. CONCLUSIÓN

Cuando comenzamos, desde el mismo título, anunciábamos que nuestro objetivo era la reconstrucción de la historia mediante el análisis de su criminalidad. Llegados al final del camino hemos de resumir, brevemente, la imagen que de Córdoba –como la del resto de la España rural– se ha ido construyendo en virtud a sus delitos juzgados en la Audiencia Provincial de Córdoba nos hablan de una sociedad rural y arcaizante pero en desarrollo.

Una sociedad arcaica donde la criminalidad está muy pegada a los ciclos económicos. En este caso presenta ciclos de siete años y aparece en las zonas de mayor riqueza y oportunidad. Es una sociedad atávica donde la violencia es cotidiana y brutal y, al mismo tiempo, se desata por cualquier causa fútil. Ese mismo arcaísmo social se ve reflejado en la posición de la mujer. La moral imperante la dejan en un estado de indefensión ante cualquier agresión de tipo sexual. Los delitos hoy llamados de «violencia de género» son simplemente inimaginables en el período estudiado.

Las sentencias nos permiten afirmar que estamos ante una sociedad en desarrollo. Este dato se puede comprobar al analizar la sustitu-

---

(42) AAPCO, L. S. J., 1909, núm. VI, Secc. 1.ª, núm. Sentencia 1, 21 de julio de 1909.

ción de los objetos que protagonizan el hurto o robo. Pero ese desarrollo se ve obstaculizado por las carencias estructurales del territorio, tanto físicas como institucionales. En primer lugar, estamos ante un territorio cuyos componentes se encuentran mal comunicados entre sí, por ello, se roban elementos comerciales en la capital, industriales en la cuenca minera, leña en el norte serrano y cereal en las campiñas del sur. En segundo lugar, institucionalmente, la delincuencia recogida en la Audiencia Provincial nos dibuja un Estado liberal con grandes deficiencias democráticas, pues las sentencias se pliegan ante los poderosos: ni un solo cargo público fue condenado (43).

Pese a todo el desarrollo fue constante, el Estado se reforzó (por ejemplo, pudo desarmar aquella sociedad), el dinero comenzó a circular (los robos callejeros aparecen en los años 20) y los delitos de sangre decayeron, levemente, a lo largo de aquellos treinta años.

Por último la delincuencia nos muestra que los puntos de inflexión en el desarrollo de la provincia cordobesa fueron paralelos a tres coyunturas críticas de extensión europea. La primera coincide con la gran hambruna de 1905, el año de mayor criminalidad, cuantitativamente hablando, de los treinta primeros del pasado siglo. La segunda, con la profunda crisis causada por las consecuencias de la Primera Guerra Mundial. Entre los años 1916 y 1920 se produjo un continuo incremento anual de la criminalidad, el lapso criminológico sin receso más amplio del período estudiado. Y, por último, el *crack del '29*, a raíz del cual se constata un aumento, importante, en el robo de alimentos y animales domésticos dedicados al consumo inmediato. Con esta sutil novedad se anunciaba una década de los años 30 llena de dificultades económicas, muy diversa de la que quedaba atrás.

---

(43) Fueron llevados ante la justicia por, fundamentalmente, «malversación de fondos públicos».





# El bien jurídico «honor»

JUAN L. FUENTES OSORIO

Profesor Ayudante doctor de Derecho Penal. Universidad de Jaén

SUMARIO: 1. Concepciones preconstitucionales y constitucionales del honor: 1.1 Carácter confuso del bien jurídico «honor»; 1.2 Replanteamiento de los conceptos doctrinales sobre el honor.–2. Honor = honorabilidad: 2.1 Sistema de valores; 2.2 Nivel de exigencia de su efectivo respeto.–3. Honor = ¿libertad?: 3.1 Libertad en el desarrollo de la personalidad; 3.2 Libertad de decisión y actuación.–4. Cinco conclusiones y una propuesta.–5. Bibliografía.–6. Anexo de jurisprudencia.

## 1. CONCEPCIONES PRECONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIONALES DEL HONOR

### 1.1 Carácter confuso del bien jurídico «honor»

Cualquier aproximación a los «delitos contra el honor» se enfrenta a una gran dificultad (1): ¿Qué se entiende por «honor»? Es una pregunta importante, ya que conocer el objeto de tutela nos permitirá, por lo pronto, definir el injusto y tener un criterio de interpretación de los tipos penales relacionados (2). Sin embargo, hasta el momento no tenemos satisfecha esta necesidad: no hay unanimidad a la hora de determinar el bien jurídico «honor».

---

(1) Agradezco a Miguel Azpitarte Sánchez, Concepción Carmona Salgado, José Antonio López García e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno los acertados comentarios y críticas realizadas a este trabajo que tanto han ayudado en su conformación final.

(2) El bien jurídico tiene una doble función: intrasistemática (interpretación teleológica de los tipos, ordenación y clasificación de los mismos, análisis de la proporcionalidad de la sanción prevista, fijación del núcleo del injusto) y extrasistemática (principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos, ausencia de bien jurídico en un tipo, necesidad de protección de nuevos bienes).

Los contornos confusos, brumosos de este bien jurídico (3) están motivados –se dice– por la concurrencia de dos factores: su carácter relativo, circunstancial, ya que depende de la opinión ético-social dominante en un determinado momento histórico (4); la ausencia de una definición en el ordenamiento jurídico que señale, de entre todas esas opciones posibles, un concepto jurídico del honor (5).

Es cierto que el honor resulta influido por los cambios histórico-sociales. Estos afectan especialmente a la delimitación de su contorno: (i) criterio ético-social de referencia para establecer su contenido y las formas de ataque relevantes, (ii) su relación de ponderación conflictiva con otros derechos, (iii) la importancia social de su posesión y mantenimiento. Sin embargo, estos factores no han modificado el núcleo del concepto de honor (6): la sociedad ha mantenido, de modo históricamente constante, un concepto de honor identificado con la posesión de prestigio y, en menor medida, de autoestima; en suma, con la honorabilidad (7).

Por otro lado, esta percepción social del concepto honor, aunque no tiene una consolidación directa en la Constitución, que se limita a referirse al «honor» (8), sí que encuentra cierto apoyo en otros lugares del ordenamiento jurídico. En el antiguo Código Penal encontramos menciones a la fama o crédito (*vid.* art. 457 s. CPA), que subsisten y se

(3) Sobre esta confusión *vid.* MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BTI*: 24/1; FERNÁNDEZ PALMA 2001a; LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 14 s.; ídem 2004: pp. 936 s.

(4) *Vid.* GARCÍA-PABLOS, 1984: pp. 394 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, 1998: p. 257; MUÑOZ LORENTE, 1999: p. 33; FERNÁNDEZ PALMA, 2001b: p. 1.318; LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 68. *Vid.* STC 223/1992, F 3; 139/1995, F 5.

(5) Insiste en esta necesidad MOLINA FERNÁNDEZ, 1998: p. 257; *vid.* también SSTC 223/1992, F 3; 139/1995, F 5: «No existe positivizado, lo que facilitarí­a el camino, un concepto de «derecho al honor», ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley». No obstante, también se indica que la confusión en torno al concepto de honor «es consecuencia de una distinción poco rigurosa de los conceptos de honor, intimidad y derecho al secreto», BACIGALUPO, 2000: p. 5. Especialmente cuando la ley LO 1/1982 no prevé «cláusulas que especifiquen cómo se deben entender los límites entre el derecho a la información y a la libertad de expresión y los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen», BACIGALUPO, 2000: p. 21.

(6) Sobre la distinción entre concepto y contenido del honor *vid.* MARTÍN MORALES, 1994: p. 61; CARMONA, 2008.

(7) «Honor, honorable, pueden aplicarse en cualquier sociedad. Todas las culturas tienen una noción equivalente, pero su contenido seguramente es distinto en diferentes sociedades y hasta en la misma sociedad con el paso del tiempo», GINER/LAMO DE ESPINOSA/TORRES (Ed.), *Diccionario de Sociología*, Madrid, 1998: p. 360.

(8) El derecho al honor aparece en el artículo 18 CE pero no viene definido. En concreto MARTÍN MORALES (1994: p. 20) mantiene que el grado de atención es el de mención expresa (no alcanzando el nivel-definición). Sobre esa ausencia de definición en el ordenamiento jurídico insistía ya el propio TC (SSTC 223/1992 F 3; 176/1995, F 3).

amplían en el nuevo Código al recoger la autoestima (9) (así, el art. 208 CP señala que la injuria es un menoscabo de la fama o un atentado contra la propia estima) (10). En el ámbito civil, la LO 1/1982 define como intromisión ilegítima «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su *reputación y buen nombre*» (art. 7.3), y «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su *fama* o atentando contra su *propia estimación*» (art. 7.7). En todo caso, lo que no siempre ha hallado sustento jurídico es la protección de la autoestima.

También el TC insiste en ambas ideas: el carácter circunstancial afecta al contenido del honor pero no a su concepto que, como repite de forma constante, gira en torno a la idea de reputación (11). «El «honor», como objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 14/2003, F 12) (12). En la Jurisprudencia penal se aprecia, igualmente, una permanente conexión del honor con la fama/reputación, y la autoestima (si bien, cuando ésta aparece, se tiende a confundir con la dignidad y el honor interno) (13/14).

---

(9) Críticamente al respecto QUINTERO, 1996.

(10) *Vid.* CASTIÑEIRA, 2006: p. 146; CARMONA, 2008.

(11) Una conexión con la propia estima aparece en pocas ocasiones, *vid.* STC 139/1995, F 5.

(12) De igual forma STC 180/1999, F 4. Vinculación del honor con la reputación que aparece en otras sentencias del TC: 223/1992 F 3; 139/1995 F 5; 176/1995, F 3; 180/1999, F 4; 112/2000, F 6; 49/2001, F 5; 232/2002, F 2.

(13) *Vid.* p. e., STS 1282/2005; SAP Zaragoza 8/2007; SAP Ourense 99/2004; SAP Barcelona 693/2004; SAP Zamora 49/2004; AAP Madrid 704/2004; SAP Madrid 364/2004; SAP Madrid 543/2004; SAP Navarra 84/2004; SAP Soria 25/2003; AAP Zamora 25/2007; SAP Navarra 12/2004; SAP Cádiz 115/2002; AAP Castellón 92-A/2002; SAP Castellón 55-A/2001; SAP Asturias 283/2000; SAP Barcelona ARP 2000/979; SAP Islas Baleares 274/1998.

(14) Así la sentencia SAP Madrid 664/2002 (F 3) identifica honor con «la pretensión de respeto que corresponde a cada persona (natural o jurídica) como conse-

Entiendo que la confusión que ha surgido en torno a la definición del bien jurídico está motivada por cuestiones distintas. Especialmente importantes aparecen dos de ellas que, además, se superponen en numerosas ocasiones.

1. Las dudas sobre si el derecho al honor como honorabilidad puede ser objeto de tutela penal. En ciertos sectores jurídicos existía cierta reticencia a vincular el honor con la reputación y autoestima, conceptos que han convivido tradicionalmente con sistemas sociales (p. e., con uno de corte aristocrático y clasista) y jurídicos (preconstitucionales) ya superados, y que encerraban el peligro de privar de honor a una buena parte de la sociedad (*ab initio*, o que posibilitan que la sociedad se lo arrebate completamente a un sujeto por su conducta), y de tutelar un objeto deformado (a la alta o a la baja) por la apreciación de su titular. Este rechazo se ha manifestado en el desarrollo de elaboraciones teóricas de gran abstracción que, en el intento de eludir el uso de estos conceptos y las consecuencias que tenían, buscaron un objeto de protección distinto: inicialmente la dignidad, más tarde la libertad (15). Sin embargo, estos intentos seguían conservando una conexión con la fama y autoestima (que se mantiene constante en todas las construcciones) e incorporaban un elemento adicional que mantenía una relación compleja con ellos, que no siempre se conseguía explicar con claridad.

Corrientes teóricas que no terminan de ser aceptadas, ni comprendidas, por la Jurisprudencia penal. Más allá de la estrecha vinculación entre honor y reputación (y de forma más tibia con la autoestima) que se aprecia en la Jurisprudencia penal, en rara ocasión se observa una referencia a dichas teorías y, cuando se hace, no se utiliza con precisión sus elementos: como si fueran sinónimos entre sí (16), como si

---

cuencia del reconocimiento de su dignidad», al tiempo que reconoce la existencia de un honor subjetivo y otro objetivo (del mismo modo SAP Zamora 49/2004; AAP Madrid 704/2004; SAP Asturias 283/2000; *vid.* también SAP Madrid 543/2004; AAP Castellón 92-A/2002; SAP Castellón 55-A/2001; SAP Islas Baleares 274/1998). En suma, parece que el honor subjetivo (vulnerado por los juicios de valor) se identifica con la autoestima y con la dignidad, de modo que uno de estos últimos dos términos se vuelve innecesario: la autoestima. Por ejemplo la SAP Asturias 283/2000 habla de grave ataque contra la dignidad y fama, si bien antes había afirmado que se tutela la dignidad lesionada mediante el menoscabo de la fama y propia estima.

(15) *Vid. infra.*

(16) Esto se aprecia cuando, p.e., en una misma sentencia se habla de ataque contra el honor o fama; fama, dignidad u honor; fama, dignidad u autoestima (AAP Badajoz 80/2006). En otra se indica que «la actuación del acusado perseguía, esencialmente, la ofensa del perjudicado y producir un atentado contra su honor y fama, tratando con su actuación ofender o menospreciar al querellante, atentando contra su honor o dignidad», SAP Navarra 12/2004.

fueran diferentes objetos de protección [p. e., se indica que se protege el honor y la fama (17), el honor y la dignidad (18)]. En el fondo la Jurisprudencia penal, en lo relativo al honor, se centra en otras cuestiones (propias del siguiente punto).

2. El segundo factor de confusión viene motivado por la precisión de los elementos circunstanciales, antes señalados, de modo que el contenido del honor tuviera encaje constitucional (19). En el momento que se acepta que el honor tiene una conexión con la fama y autoestima, la actividad definitiva del bien jurídico honor y la interpretación de los elementos normativos de los tipos que lo tutelan deben consistir en determinar cuándo posee un sujeto reputación y propia estima, cuándo se produce su lesión (20/21), cuáles son los límites de su protección jurídico-penal (22). Y, de entre todas las respuestas posibles, rechazar aquéllas que no fueran respetuosas con el modelo constitucional. Lógicamente ello implica, con carácter previo, la elección de un modelo valorativo, criterio de referencia para contestar todas estas cuestiones, que tenga encaje constitucional.

La jurisprudencia penal, en lo relativo al honor, se concentra en dos actividades: determinar si la conducta realiza los elementos típicos de los artículos 206 ss. CP y resolver el conflicto, concreto, que surge entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información conforme a los criterios suministrados por el TC. Siendo cuestiones muy importantes, se olvida que establecer previamente qué definición del bien jurídico honor va a utilizar (dentro de las que tienen cabida en el texto penal y son constitucionalmente admisibles) es fundamental (aunque sea, como ya he dicho antes, una actividad compleja), pues

---

(17) Ataque contra el *honor y la reputación*: AAP Zamora 25/2007; *fama y honor*: STS 1282/2005; SAP Zaragoza 8/2007; SAP Ourense 99/2004; SAP Barcelona 693/2004; SAP Navarra 12/2004; SAP Navarra 84/2004; SAP Barcelona ARP 2000\979; *prestigio y honor*: SAP Ourense 99/2004; *honor y buen nombre*: SAP Soria 25/2003.

(18) Vid. SAP Navarra 12/2004; SAP Navarra 104/2000; SAP Madrid 115/2000.

(19) Vid. MORALES PRATS, 1988: p. 681.

(20) Vid. MORALES PRATS, 1988, pp. 668 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, 1998: p. 258.

(21) Lógicamente si se ha creado un objeto de protección distinto habrá que establecer cuándo la lesión de la reputación y/o autoestima representa una lesión del mismo, *vid.* 3.2.

(22) Vid. CARMONA, 1991: p. 93; ídem 2008 (que considera que la existencia de una definición legal de honor relativiza la actual importancia de la discusión doctrinal sobre el concepto de honor y la traslada a la determinación de «cuál sea su alcance material concretando, a su vez, la extensión de los límites constitucionales impuestos»); MOLINA FERNÁNDEZ, 1998: p. 258.

las consecuencias que se derivan de cada opción son diferentes (23). Únicamente si se conoce qué opción se ha elegido se puede determinar si la solución adoptada es coherente con esa toma de postura inicial.

## 1.2 Replanteamiento de los conceptos doctrinales sobre el honor

Estos dos factores, recién señalados, han presidido la abundante literatura esforzada en fijar una definición jurídico-penal del honor constitucionalmente aceptable. Este proceso se puede reducir, según una clasificación mayoritariamente aceptada, a dos grandes grupos (las concepciones fácticas y normativas: representantes de las versiones preconstitucional y constitucional, respectivamente, del concepto de bien jurídico honor) y a su modelo ecléctico (normativo-fáctico: versión, igualmente, con encaje constitucional).

Estas tres líneas interpretativas del bien jurídico honor quedan esquemáticamente resumidas de la siguiente forma:

– Concepciones fácticas: se vinculan a un dato de la realidad objetivo [heteroestima: reputación social, buena fama (24)] o subjetivo [autoestima (25)]. Su principal problema, que no único, reside en su dificultad para conectar con la igualdad y el pluralismo pues no todos tendrían objetiva/subjetivamente honor ni en la misma medida. En suma, la cantidad de honor sería variable para cada sujeto pudiendo carecer algunos incluso de un mínimo.

– Concepciones normativas: deducen el contenido del honor del cumplimiento o respeto de un determinado código normativo (26). Se establece una distinción según el código normativo utilizado sea extra-jurídico (moral y social) o jurídico. Respecto a este último se suele diferenciar entre:

– Concepciones mixtas o normativo-fácticas (27): hay una cantidad de honor mínima, común para cada sujeto (elemento estático

---

(23) Por ejemplo, determinar la presencia de un ataque contra el bien jurídico honor (defienden su ausencia ciertas corrientes que sostienen que el sujeto ha «perdido» su honor por la conducta previa), la interpretación de los elementos subjetivos y objetivos del tipo (p. e., respecto a la relevancia de la falsedad de los hechos imputados), la posición que ocupan en la teoría del delito los criterios indicados por el TC para la solución del ya mencionado conflicto entre derechos.

(24) Valoración que la sociedad practica respecto a los méritos de una persona.

(25) Valoración que un individuo practica sobre sí mismo. No obstante, hay concepciones fácticas que se limitan a la «buena reputación».

(26) *Vid.* CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: p. 32.

(27) *Vid.* ALONSO ÁLAMO, 1983: pp. 142 s.; BERDUGO, 1984: pp. 305 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, 1996: pp. 1436-1439; LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: pp. 79 ss.;

vinculado a la dignidad y a la pretensión de respeto del individuo que de ella se deriva), y una cantidad de honor variable según criterios fácticos: depende del grado de respeto por el comportamiento, adoptado libremente por cada sujeto en el desarrollo de su personalidad, del código ético dominante (elemento dinámico vinculado al principio de libre desarrollo de la personalidad: asunción de las consecuencias –a saber, la reducción del honor tutelable– de las acciones libremente adoptadas). Estos planteamientos adaptan la imagen del honor a la Constitución pero se mantienen fieles a una idea de merecimiento: consideran necesario aceptar la existencia de desigualdades (desde luego, no por nacimiento o parentesco) en función del comportamiento del sujeto (valor real del sujeto). Con otras palabras: la sociedad puede arrebatar legítimamente al sujeto ciertas cantidades de honor según se comporte.

– Concepciones estrictamente normativas (28): se reconoce la existencia de una idéntica cantidad de honor (como atributo de la personalidad, propio de la dignidad de la persona) para todos los sujetos. Se mantiene constante con independencia de las opciones vitales adoptadas (protección del libre desarrollo de la personalidad). De acuerdo con esta última opción, los delitos contra el honor protegen la libertad de un sujeto para elegir su forma y modo de vida frente a las limitaciones que pudieran representar juicios de valor o imputaciones de hechos que *ex ante* se muestren capaces de generar grave repudia o desprecio social.

1. Estas propuestas manifiestan con claridad el enfrentamiento entre una concepción del honor preconstitucional y otras (elaboradas por juristas y que apenas son conocidas socialmente) respetuosas con la Constitución (29). Sin embargo, la terminología utilizada para cla-

---

MUÑOZ CONDE, 2002: pp. 275 s. También en esta línea la mayoría de la doctrina alemana, bien porque insistan en la presencia de dos elementos (honor interno –dignidad– y externo –reputación–: *vid.* GEPPERT, 1983: pp. 532 s.; KÜPPER, 1985: pp. 453 s.; RENGIER, *BT*: p. 153); bien porque insistan en el honor como pretensión de respeto (vinculada a ambos elementos) merecida (*vid.* WESSELS/HETTINGER, *BT*: p. 137; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BTI*: 241/5).

(28) *Vid.* VIVES ANTÓN, 1996: p. 1025; *ídem* 2004: p. 344; CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: pp. 36 ss.; CARMONA, 1991: pp. 98 s.; *ídem*, 2004: p. 372; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a; *ídem*, 2001b; LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 18 s.; *ídem*, 2004: pp. 957 ss.; QUINTERO/MORALES, 2005: p. 490; NAVARRO/FUENTES, 2007: pp. 385 s.

(29) Soluciones que, no obstante, todavía no encuentran un asiento cultural y social suficiente. De modo que todavía conviven con concepciones meritocráticas. *Vid.* en este sentido GARCÍA-PABLOS, 1984: pp. 393 s.; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 27; *ídem*, 2001b: pp. 1320 s.



sificarlos induce al error. Parece que únicamente los enfoques jurídicos que buscan anclaje constitucional al honor son normativos cuando, en realidad, todos los planteamientos tienen este carácter (30) (cuestión que nadie negó, pero que, en parte se ha perdido de vista). Si consideramos que la perspectiva normativa define el «honor», de forma genérica, como «una construcción normativa fundada en determinados códigos valorativos –sociales, éticos o jurídicos–» (31), tenemos que reconocer que absolutamente todas las elaboraciones del bien jurídico honor son, en un sentido sociológico, normativas. También las que tradicionalmente se han denominado fácticas. Se definían de la siguiente manera: el honor es un *concepto prejurídico*, determinado en su contenido, por su exclusiva y directa conexión con datos de la realidad de carácter social u objetivo (*heteroestima*: reputación social, buena fama) o psicológico o subjetivo (*autoestima*) (32), elementos que se convierten en el objeto de la tutela penal. Lo que no aparecía de forma explícita es que esos datos objetivo-fácticos aun siendo prejurídicos estaban conectados con un criterio normativo de referencia: un sistema de valores que considera que honorable es aquella persona que pertenece a una determinada clase social, que participa activamente en un sistema social, que respeta en su actuar el conjunto de valores dominantes. El elemento fáctico al que se hace referencia en estas teorías consiste en la verificación de si el sujeto concreto analizado disponía de una honorabilidad que pudiera ser tutelada. En esta comprobación se desdoblaron dos variantes: (i) basta con que la sociedad, o el propio individuo, consideren que se respetan dichas normas, es decir, es suficiente con que la comunidad y/o el individuo reconozca esa honorabilidad, aunque sólo sea aparente. (ii) Es necesario, además, que el sujeto respete de forma efectiva dichas normas: la falta de pertenencia a esa casta o el comportamiento disconforme a ese código ético priva al sujeto de honor-honorabilidad. La elección de una de estas dos opciones para determinar si el sujeto disponía de honor era, de nuevo, una decisión normativa.

2. Si todos los enfoques son normativos la problemática principal se concentra en el sistema valorativo de referencia del honor: qué código ético, quién lo elige. Lógicamente dentro de esa cuestión nos

---

(30) «La criminología (...) ha demostrado cómo el honor forma parte de todos los códigos axiológicos, incluidos los de las más dispares subculturas y carreras criminales (...)», GARCÍA-PABLOS, 1984: p. 395.

(31) LAURENZO COPELLO, 2004: p. 937. En el mismo sentido FERNÁNDEZ PALMA, 2001b: pp. 1346 s.

(32) *Vid.* al respecto las consideraciones de BERDUGO, 1984: p. 305; LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: pp. 69 s.; LAURENZO COPELLO, 2002b.; pp. 15 ss.; 2004, p.: 937.

encontramos con un choque entre planteamientos normativos preconstitucionales, que coinciden con los que tradicionalmente se han denominado *fácticos*, y los constitucionales, que se identifican con los modelos catalogados como *normativos*. Los segundos intentan dotar al honor de un contenido integrado dentro de la Constitución material: respetuoso con los principios valorativos que establece (33). Principalmente con la igualdad y el pluralismo, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, además de establecer una construcción del honor conexas con estos principios constitucionales, sería necesario fijar (cuestión en la que no voy a entrar en este artículo) qué código ético, concreto, y en qué extensión es el dominante (34), quién lo determina, qué perspectiva hay que tener en cuenta (el código del sujeto pasivo, del sujeto activo, el mayoritario en la comunidad).

3. Dentro de los planteamientos penales constitucionales se distinguen dos corrientes. Para evitar los abusos que producen los modelos preconstitucionales se introduce una variable ética: se reconoce un elemento mínimo de honor vinculado a la exigencia de respeto de la valía intrínseca de cada persona (conexión entre dignidad y honor) (35). Idea que se apoya en enfoques que mantienen que el núcleo esencial del derecho fundamental honor viene determinado por la dignidad de la persona. Sin embargo, la exigencia de respecto de ese mínimo convive con la posibilidad de reducir el ámbito de tutela del honor en función de ciertos elementos vinculados a la conducta del titular del derecho: la comprobación fáctica de la existencia de una honorabilidad (aparen-

---

(33) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001b: pp. 1344 ss.

(34) Sobre la dificultad para establecer este código *vid.* la exposición de FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 197 ss. *Vid.* también REBOLLO VARGAS, 2004: p. 504; LAURENZO COPELLO, 2004: pp. 952 s. Y es que la elección de un sistema como criterio de juicio implica paradójicamente la negación de otros y, consecuentemente, del pluralismo consagrado constitucionalmente pues se acaba imponiendo a la sociedad un modelo ético-social, y así, además, se limita la autonomía personal de cada sujeto (ejemplo de *perfeccionismo* estatal, *vid.* NINO, 1989: cap. V y X). Considero que el respeto del pluralismo y la libertad de elección moral nos tiene que llevar a tener en cuenta todas las opciones existentes al mismo tiempo, pues, para valorar si respecto a una persona ha disminuido su reputación se debe apreciar el efecto que ha producido tanto en la sociedad en su conjunto como en su entorno concreto de desarrollo vital. Del mismo modo, para verificar si hay un ataque penalmente relevante habrá que valorar si el sujeto activo conocía tanto las consecuencias que su conducta podría tener en relación con el código ético dominante y el propio del afectado, así como cuáles son las asociadas a su acción según su propio código ético.

(35) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001b: p. 1347.

te o cierta) sirve de criterio para fijar su extensión. El carácter variable que tiene la extensión del derecho al honor (como pretensión de respeto), próximo a la que resultaba de la corriente preconstitucional (respecto a los ataques mediante la imputación de hechos se puede llegar a los mismos resultados cuando se considere que el sujeto pasivo carece de prestigio); así como la sospecha de que en estos casos la dignidad se había convertido en objeto de tutela (el único, o conjuntamente con el honor), motiva el surgimiento de otra opción más radical. Ésta intenta desvincular el bien jurídico honor de la idea de honorabilidad: acude a la dignidad, si bien de manera genérica (como ratio) y, de forma concreta, a la libertad: del individuo para ordenar su vida como quiera y no ser socialmente sancionado por ello con una pérdida de honor *–libertad en el desarrollo de la personalidad–*; para seguir comportándose sin la limitación que puede implicar una pérdida de honor *–libertad de decisión y acción–*. Sin embargo, estos intentos no consiguen desprenderse de la honorabilidad que pervive como objeto de tutela o como objeto material del delito si bien esta conexión no aparece siempre recogida con claridad.

4. Asimismo, tampoco se debe olvidar que siempre que existe cualquier tipo de relación con la honorabilidad tendrá que haber, en alguna de las formas descritas, una conexión con datos de la realidad psicológica o sociológica. Por este motivo, se tendría igualmente que afirmar, si nos centramos exclusivamente en esa circunstancia, que en todas las teorías se aprecia esta vinculación son fácticas (36). Por consiguiente, si todos los enfoques son fácticos, la discusión en ese nivel se centra en (i) precisar la definición de reputación y autoestima, y en (ii) la necesidad de protección de ambos por la vía del honor (37).

A continuación voy a desarrollar el proceso descrito en estos cuatro puntos. Para ello voy a utilizar, como ya he indicado, una distinción del bien jurídico honor, según un criterio normativo, en dos grandes grupos de análisis: honor-honorabilidad (con dos variables: (i) concepción pura; conectada a la dignidad como límite; (ii) con exigencia de respeto real o aparente del sistema de valores) y honor-libertad que, ya anticipo, defiendo que es el enfoque más adecuado.

---

(36) En suma, «cada concepción del honor debería en realidad contener elementos fácticos y normativos», GÖSSEL, 2002: pp. 1300 s.

(37) En este punto se puede plantear si es suficiente la tutela de la reputación, si la autoestima (o por lo menos ciertas definiciones de ésta) puede encontrar ya protección suficiente al incluirse en concepciones amplias de otros bienes jurídicos. Estoy pensando en la «integridad moral».

## 2. HONOR = HONORABILIDAD

Un primer grupo de definiciones (tradicionalmente denominadas fácticas y normativo-fácticas) identifican abiertamente el bien jurídico honor con la honorabilidad de las personas. La honorabilidad en un sentido estricto es el reconocimiento que la sociedad otorga a un individuo, y que éste puede considerar que disfruta, determinado por su actuar respetuoso, real o aparente, con el conjunto de valores dominantes. El objeto de tutela penal es, por consiguiente, la protección de los niveles alcanzados de «distinción social o personal».

También se dice en estos casos que la honorabilidad puede venir determinada por la valoración de la conducta de una persona según su pertenencia a una determinada clase social o por su participación en el sistema social. Sin embargo, estos apuntes siguen haciendo referencia al respeto de los valores dominantes: el primer caso es una manifestación de un sistema ético-social previo y concreto que determina que la pertenencia a una clase tendrá ciertas consecuencias sociales; el segundo es un acto de conformidad con el sistema de valores (un sujeto que participa plenamente declara a la comunidad que ha aceptado e interiorizado sus principios).

El ámbito de protección de la norma que resulta de esta concepción del honor vendrá condicionado por (i) el sistema de valores elegido y por (ii) el nivel de exigencia de su efectivo respeto.

### 2.1 Sistema de valores

En primer lugar, el problema consiste en fijar qué sistema ético-social se va utilizar como referencia para establecer el grado de honorabilidad de un sujeto.

1. Cuando la honorabilidad se conecta con un sistema de valores que, por ejemplo, gire en torno a una sociedad de clases, no todos dispondrán de honor, ni en la misma medida. Ello se condiciona a la casta, clase social, trabajo, etc. a la que pertenezca el individuo analizado (por nacimiento o por haberla alcanzado). Del mismo modo, si este sistema de valores condena determinadas formas de comportamiento social, su realización provocará una inmediata pérdida de ese reconocimiento social e, incluso, individual. Con varios ejemplos: un sistema ético social que mantenga que las mujeres no son personas honorables, o que tener una determinada tendencia sexual (o que man-

tener relaciones sexuales con una finalidad distinta a la que se considera éticamente correcta) atenta contra las buenas costumbres, negaría la posibilidad de tutela del honor a las personas de género femenino o a las que han elegido esa opción sexual (o que las mantienen con una finalidad distinta a la definida como buena), en el primer caso porque no tiene honor, en el segundo porque lo ha perdido con su comportamiento. Por consiguiente, la cantidad de honor será muy variable para cada miembro de la comunidad pudiendo carecer algunos incluso de un mínimo (38). El sujeto no posee *per se* honor (39). En algunas ocasiones no lo tendrá nunca, en otras lo obtendrá en sociedad: perteneciendo o alcanzando una clase superior y/o respetando otras normas ético-sociales vigentes. Es evidente que, estos planteamientos, en lo relativo al honor, representan un atentado contra la igualdad y el pluralismo (40).

E1: A afirma que B es un ladrón. Si se considera que B, precisamente por ser de otra etnia distinta a la mayoritaria (p.e. es un gitano) no dispone de reconocimiento social y personal susceptible de amparo, entonces, la conducta de A, que respecto a otro individuo podría ser un atentado con el honor, es penalmente irrelevante.

2. Esta conexión de la honorabilidad con estos códigos éticos es un serio escollo para su factibilidad en una sociedad democrática y sus consecuencias difícilmente tendrán cabida en la Constitución (41).

El problema es doble: (i) superar el ataque que representan contra la igualdad (art. 14 CE) enfoques de la honorabilidad basados en la posición social, que privaban a ciertos sujetos de honor (42). (ii) Además, la posibilidad de que en función de un comportamiento no respetuoso con el sistema de valores dominante un sujeto pudiera no llegar a tener ningún mérito social, ninguna cantidad de honor, era contrario al derecho al honor garantizado a cada persona por la CE (art. 18 CE) y, lógi-

---

(38) Crítica en este sentido LAURENZO COPELLO, 2002b: 16; ídem, 2004: p. 938.

(39) O sólo en cuanto que se de una definición restrictiva de «persona» que coincide con la de individuo que pertenece a una clase social.

(40) Críticos en este sentido LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 75; LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 21; ídem 2004: p. 941; NAVARRO DOLMESTCH, 2002: p. 6; QUINTERO/MORALES, 2005: p. 474.

(41) Incompatibilidad con los valores constitucionales fundamentales que ha propiciado su práctico abandono, *vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 62 s.; ídem, 2001b: pp. 1345 s.

(42) *Vid.* GARCÍA-PABLOS, 1984: p. 385; CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: p. 29.

camente, opuesto a la pretensión de respeto del sujeto por su mera condición, según dimana de la dignidad como principio ordenador de todos los derechos fundamentales (art. 10 CE) (43). La solución sólo se podía encontrar aceptando que todos los ciudadanos disponen de honor tutelable, con independencia de su raza, posición social o de su comportamiento. Y ello es una exigencia genérica, de la dignidad de la persona y, concreta, del reconocimiento del honor como derecho fundamental (44). De este modo, se produce lo que García-Pablos denomina la *democratización* o *socialización* del honor (45). Este punto de partida tiene consecuencias importantes. Se produce un cambio en el objeto de tutela penal: se protege el honor pero aparentemente no referido a la tutela de los niveles alcanzados de «distinción social o personal», sino a la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto, por su condición de *persona* (46) (y no por sus *méritos sociales*), vulnerada mediante ataques contra su reputación y autoestima. A partir de esta argumentación inicial van a surgir dos líneas diferentes. Una primera (denominada tradicionalmente planteamiento «normativo-fáctico») que intenta concretar el alcance de esta genérica pretensión de respeto de la persona mediante la combinación con la idea de la honorabilidad (y que por este motivo será analizada en apartado que sigue); una segunda (denominada tradicionalmente «estricta normativa») que pretende hacer lo mismo a través de la libertad (que será estudiada en el título honor = ¿libertad?).

2.1 La aceptación de un sistema de valores con anclaje constitucional permite, no obstante, mantener la conexión del bien jurídico honor con la honorabilidad. Ésta actúa ahora como límite de la pretensión de respeto inherente a cada sujeto por ser persona. Esa pretensión se mantiene intacta siempre que el individuo, que actúa libremente en

---

(43)  *Vid.* GARCÍA-PABLOS, 1984: p. 385. Del mismo modo incompatible con la referencia típica a la dignidad prevista en el artículo 208 CP,  *vid.* LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 105.

(44) Y así se indica que el honor deriva de la dignidad,  *vid.* O'CALLAGHAN, 1991: p. 38; GARCÍA GARCÍA, 2003; y que el núcleo esencial del derecho al honor viene determinado por la dignidad de la persona, «la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano» (art. 10 CE),  *vid.* BALAGUER, 1992: p. 142; BALAGUER y otros, 2004: p. 112; BATISTA JIMÉNEZ, 2004: p. 23.

(45) GARCÍA-PABLOS, 1984: pp. 384 s. y 393 s. Autor que, curiosamente (por lo poco citado que aparece con posterioridad), señala que la «expresión “democratización” o “socialización” del honor es de QUINTANO RIPOLLÉS, A.,  *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I (II), 2.<sup>a</sup> edición, p. 1150», GARCÍA-PABLOS, 1984: n. 24 bis.

(46)  *Vid.* SAP Madrid 664/2002; SAP Zamora 49/2004; AAP Madrid 704/2004.

el desarrollo de su personalidad, mantenga los niveles de reconocimiento social e individual, esto es, se comporte conforme (de manera real o aparente) al código ético democráticamente dominante (47). Si no fuera así la extensión del objeto de tutela se irá reduciendo para cada persona, según su conducta afecte a su fama o propia estima, pero siempre quedando a salvo un mínimo. En suma, todas las personas parten en abstracto con una misma cantidad de honor (entendida como pretensión de respeto personal), *común para cada sujeto*. Sin embargo, la extensión real del objeto de tutela en la práctica será distinta (desigual), en función de elementos fácticos, para cada individuo. Estas desigualdades en la protección del honor, desde luego, no están motivadas por la presencia de elementos objetivos que el sujeto no puede controlar (nacimiento o parentesco) o sólo de forma limitada (posición social, laboral, etc.) (48), sino por la asunción de la pérdida parcial de la pretensión de respeto como consecuencia (*jurídica*) de nuestras acciones libres, adoptadas en el desarrollo de la personalidad (*elemento dinámico*). Con todo, esta reducción no puede ser absoluta [si no se quiere vulnerar los arts. 10 y 18 CE (49)], siempre se debe garantizar la tutela de una cantidad mínima de honor (también denominado *elemento estático*) (50). Más allá de lo realizado cada sujeto merece una mínima protección penal de su honor (también el asesino más implacable). Con otras palabras: *la sociedad, con excepción de ese contenido mínimo, sigue pudiendo arrebatar al sujeto parte de su honor según se comporte*.

Por ejemplo, Alonso Álamo mantiene que el honor es un aspecto de la dignidad humana al inicio igual para todos, pero que puede disminuir según los comportamientos de cada sujeto (51). En esta línea, López Peregrín (52) mantiene que el honor, en cuanto vinculado a la

---

(47) Se trata de una pretensión de respeto y vigencia frente a la comunidad derivada del valor interno del sujeto y de su prestigio social y personal.

(48) *Vid.* LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 87.

(49) SALVADOR, 1990: pp. 56 ss., considera que es el derecho positivo vigente el que establece unos límites (mínimos y, posiblemente, máximos) insuperables.

(50) Insisten en la existencia de un núcleo duro intangible: STS 1282/2005; SAP Barcelona 30/2005; SAP Madrid 995/2002.

(51) ALONSO ÁLAMO, 1983: pp. 142 s.; ídem, 2001: pp. 915 s. *Vid.* también GARCÍA-PABLOS, 1984: pp. 396 s. Llega a los mismos resultados GÖSSEL (2002, pp.: 1304 s.), si bien recurriendo a una terminología distinta: el honor es el *derecho al reconocimiento de la valía social* cuya «extensión depende del comportamiento y del rol social del sujeto afectado», pero dejando a salvo un mínimo: «nadie (...) puede perder completamente su dignidad humana, y por ello tiene el derecho a ser reconocido como sujeto capaz de comunicación».

(52) LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: pp. 79 ss.



dignidad, tiene un límite mínimo –que explica la ilegitimidad de los insultos– y máximo. No puede subir por encima de un determinado nivel pero que sí puede descender «por deficiencias elementales de la persona que limitan la capacidad para actuar con racionalidad (...) porque el propio titular del honor infrinja deberes jurídicos o ético sociales, ya sean éstos generales o específicos» (53); el honor se define como «la pretensión de respeto que cada persona merece en función de las esferas sociales en que se integra y su grado de participación en ellas» (54). Berdugo, considera que el honor tiene una base común a todas las personas [una relación de reconocimiento mínimo aneja a la dignidad humana, e independiente «de sus condiciones personales y de su comportamiento social» (55)] y una base que varía según la situación de cada individuo (aspecto dinámico): en concreto, depende de la «extensión y el cómo de su participación en el sistema», de la adecuación de su conducta a los comportamientos esperados por la comunidad (56).

E2: A afirma que B es un ladrón. A atenta de este modo contra el honor de B en todas las ocasiones pues vulnera la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto, si bien el nivel de protección real depende de la conducta previa de B. Si efectivamente ha robado sólo se habrá infringido una exigencia de respeto mínima.

## 2.2 Nivel de exigencia de su efectivo respeto

En un segundo momento, se ha de tener en cuenta si se exige el efectivo respeto del código ético elegido o si, por el contrario, es suficiente con que la sociedad, o el individuo, consideren que se ha respetado (y en qué medida).

1. Puede ser bastante que el sujeto disfrute de esta distinción social o personal, aunque en la realidad no respete ese sistema de valores (bien porque lo incumpla, bien porque no le corresponda ese nivel de honorabilidad en función de su situación o actuaciones). En estos casos se reprocha a estas teorías el importante grado de inseguri-

---

(53) LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 81.

(54) LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 85.

(55) BERDUGO, 1984: p. 311; ídem, 1992: p. 343.

(56) BERDUGO, 1984: pp. 311 ss.; Ídem, 1992: p. 343. *Vid.* también en el mismo sentido NAVARRO DOLMESTCH, 2002: pp. 17 s.

dad jurídica que sufren. La intensidad del ataque y el grado de lesión del honor (cuando éste exista) dependería: (i) de la apreciación de un sujeto individual respecto a su reputación social y su grado de autoestima u honor subjetivo. Así quedarían excluidos de protección aquellos que no tienen conciencia de su «honorabilidad», p.e. los menores o incapaces, y sobreprotegidos quienes tienen una elevada consideración de sí mismos (57). (ii) De la existencia de un reconocimiento social que puede ser afectado por la expresión realizada. Y es que no sólo se protegen casos de honor aparente (reputación inmerecidamente buena), sino que no serían atentados contra el honor aquellas expresiones injuriosas dirigidas a sujetos respecto a los que socialmente se considera que no poseen reputación social habiendo hecho méritos para ello (reputación inmerecidamente mala). (iii) Del nivel de reducción social y personal de dicha valoración con independencia de la veracidad y gravedad del ataque. Lo importante es verificar qué consecuencias ha tenido el ataque sobre la fama o valoración individual del afectado: basta con que tenga un efecto negativo sobre la reputación o la autoestima (58).

La opción de concentrarse en el plano objetivo-externo del honor tampoco resuelve estas cuestiones, pues dejaría desprotegidos penalmente supuestos de agresiones contra el honor que no trascienden a la comunidad (porque, p. e., se mantengan en privado) al no poder sufrir, en esos supuestos, una reducción en la consideración social (59).

E3: A afirma que B es un ladrón. B es una persona con un elevado reconocimiento social y personal. A atenta de este modo contra el honor de B pues reduce los niveles reconocimiento, siendo irrelevante si B ha cometido, efectivamente, un robo.

2. Como respuesta a estas críticas han aparecido otros enfoques que buscan exclusivamente la tutela de la honorabilidad *merecida* (o *real*) pero no de la *aparente*; sólo el que efectivamente se ha comportado

---

(57) Vid. esta crítica en ALONSO ÁLAMO, 1983: p. 140; CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: pp. 30 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 70; FERNÁNDEZ PALMA, 2001b: p. 1346; LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 22; ídem, 2004: p. 942; NAVARRO DOLMESTCH, 2002: p. 4; QUINTERO/MORALES, 2005: p. 474 s.; CARMONA, 2008.

(58) Vid. críticamente al respecto LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 70; LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 17; ídem, 2004: pp. 938, 941 s. (autora que considera que ello ha llevado a identificar el «honor aparente» con los «planteamientos fácticos del honor»); REBOLLO VARGAS, 2004: p. 502; CARMONA, 2008.

(59) Vid. al respecto LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 71; NAVARRO DOLMESTCH, 2002: p. 5.

de manera virtuosa, pero no al que simula actuar de tal modo. La virtud de la conducta se mide por el nivel de respeto real de los valores ético-sociales dominantes. De esta manera el sujeto que imputa una conducta verdadera que manifiesta la infracción de dichos deberes éticos sociales, con independencia del efecto social que haya tenido y de las consideraciones personales del sujeto pasivo sobre sus niveles de honorabilidad, no atacaría el honor real del afectado, pues desvelaría que su distinción social o personal no ha sido alcanzada (60).

E4: A afirma que B es un ladrón. B es una persona con un elevado reconocimiento social y personal. A atenta de este modo contra el honor de B pues reduce los niveles de ambos, a no ser que B haya cometido, efectivamente, un robo. En tal caso los niveles de reconocimiento eran inmerecidos, y no serán tutelados.

Resumiendo, en el primer supuesto se habla de protección del honor (honorabilidad) aparente, que puede ser lesionado por cualquier conducta que atente contra la reputación social o autoestima personal, aunque en la realidad el sujeto no satisfaga fácticamente los criterios normativos de fijación de ese grado de honorabilidad. En el segundo caso, se trata del honor (honorabilidad) real o merecido, que sólo puede ser lesionado cuando la conducta afecte a la reputación o autoestima efectivamente alcanzada. De manera que, si se pone al descubierto que el sujeto no ha actuado conforme a ese código ético o tiene una valoración personal superior a la que le corresponde por su actuación dentro del mismo, no habrá lesión del honor, pues, no hay honorabilidad alguna que tutelar o está en un nivel inferior al grado de protección que se solicita.

2.1 Dentro del planteamiento que consideraba que la honorabilidad actuaba como límite de la pretensión de respeto inherente a cada sujeto por ser persona, se defiende que esa pretensión se mantiene en su extensión máxima siempre que hubiera una actuación respetuosa con el sistema de valores democráticamente dominante. El comportamiento contrario a este código producía una reducción progresiva del ámbito del objeto de tutela (paralela a la reducción de la honorabilidad: fama y autoestima), pero, permanece, en todo caso, un mínimo indispensable. La cuestión ahora es fijar si el respeto de los valores sociales democráticamente dominantes tiene que ser real o aparente. Se podría defender que basta con la creencia social y/o individual de que se actúa de conformidad con esos valores. Sin embargo, esta opción

---

(60) *Vid.* al respecto LAURENZO COPELLO, 2004: pp. 939 s.

concuera con dificultad con la idea central de esta línea; la reducción es una consecuencia de nuestra conducta desviada que ha sido adoptada en libertad. Cuando se sostiene que una persona puede elegir libremente llevar una vida respetuosa o irreverente con dichos valores y, que si se aparta de ellos voluntariamente, no será merecedor de la tutela de su honor, subyace en todo ello la idea de merecimiento (61) (o de trato desigual merecido en lo relativo al honor) (62). Pues sería materialmente injusto privar al sujeto de parcelas de protección de su honor o su mantenimiento en función de las apariencias. Con otras palabras: excepcionalmente se va a romper la necesaria protección igualitaria del honor de cada persona por su conducta para dispensar, a continuación, a los que se han comportado de idéntica o similar manera el mismo nivel de tutela del honor (tratar igual lo igual y desigual lo desigual). En ese caso, lo justo sería que tanto la reducción como el trato igualitario de cada nivel de adecuación al código ético se base en el comportamiento real de cada sujeto pero no en su mayor capacidad para ocultar sus hechos o controlar la opinión pública y, en todo caso, tampoco en su desmesurada autoestima.

Por este motivo entiendo que estos planteamientos tienen que reducir los supuestos de lesión del bien jurídico honor a la imputación de hechos falsos: no sería penalmente sancionable, entonces, llamar, p.e., borracho a un alcohólico, ladrón a un estafador, puta a una prostituta (63). Ahora bien, ello únicamente indica, en un primer juicio, cuándo no hay una lesión del honor al haber quedado limitado su ámbito (la pretensión de respeto) por la conducta previa del sujeto afectado (64).

E5: A afirma que B es un ladrón. A no atenta contra el honor de B, en su aspecto dinámico, cuando éste ha cometido un robo, ya que la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto no alcanza la imputación de hechos ciertos.

---

(61) De hecho en Alemania se utiliza la expresión: «pretensión de respeto merecida», *Ehre als verdienter Achtungsanspruch*, vid. GEPPERT, 1985: pp. 532 s.; KÜPPER, 1985: p. 454; WESSELS/HETTINGER, *BT*: p. 137.

(62) Vid. BERDUGO, 1984: p. 311 s. Críticos porque ello representa un atentado contra el principio de igualdad, CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: p. 37.

(63) Aunque su comunicación sí que podría ser un atentado contra la intimidad de las personas.

(64) Se dice que los enfoques normativo-fácticos (utilizando la terminología tradicional) protegen una reputación realmente merecida y una autoestima «basada en los valores reales del individuo», LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 107.

Cuestión distinta es que esas expresiones, no obstante, se puedan considerar, en un segundo juicio, una lesión del honor, al ser atentados directos contra ese mínimo indispensable (el elemento estático): por ser juicios de valor insultantes o degradantes. Sobre ello hablaré a continuación.

3. En ambos supuestos (1 y 2) se comprueba que algunas formas de vida reducen la reputación social o, directamente, crean mala fama. La diferencia es que, en un grupo, se requiere comprobar que lleva ciertamente esa forma de vida y, en el otro, no, por lo que basta el juicio personal o social por las apariencias. En cualquier caso, y abstracción hecha de que se parta de un planteamiento merecido o aparente, hay ciertos ataques al honor que son independientes del grado de cumplimiento de los valores éticos por el particular. Desde el enfoque, respetuoso con la CE, que identificaba el honor con la exigencia de respeto personal concretada por el grado de honorabilidad, se defendía que había un mínimo de dicha exigencia que siempre era objeto de tutela penal. Ello implica tres cuestiones.

3.1 No es necesario una comprobación del respeto de ese código ético-social porque éste, precisamente, establece que hay una cantidad indisponible de honor, genéricamente referida a la dignidad de la persona.

Insisto en que parto de una perspectiva respetuosa con la CE centrada en torno a la dignidad. No obstante, igualmente desde un planteamiento de la honorabilidad puro se pueden garantizar ciertos mínimos: protección frente a expresiones que, sin afectar a su fama o autoestima, sean irrespetuosas con ese nivel de honorabilidad, lo que podríamos llamar protección penal frente a la simple falta de educación, que también es exigida por el código ético vigente. En este caso, no sólo se tutela el mantenimiento de esos niveles de fama o autoestima, también el respeto debido a ese nivel. Es evidente que, aunque esta solución amplía el ámbito de protección, no garantiza un mínimo a todos los sujetos pues siempre es necesario que se haya alcanzado un cierto grado de honorabilidad: p.e. no habrá una falta de respeto cuando un individuo de una casta superior insulta a otro de una inferior.

3.2 Al estar garantizado a todo sujeto ese ámbito mínimo de extensión del honor, no es necesario analizar la conducta del titular del honor. Ahora nos podemos centrar en el estudio de la expresión del sujeto activo para verificar si, a tenor de otras circunstancias, ha vulnerado esa mínima pretensión de respeto.

E5: A afirma que B es un ladrón. A no atenta contra el honor de B, en su aspecto dinámico, cuando éste ha cometido un robo, ya que la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto no alcanza la imputación de hechos ciertos. Sin embargo, sí lesiona el honor de B en su aspecto estático pues dicha pretensión de respeto sí alcanza las valoraciones insultantes o degradantes de la persona (65).

3.3 En suma, el sujeto que mantenga esta pretensión de respeto en toda su extensión (o en buena parte de ella) se encontrará con que puede disponer de un mecanismo de tutela penal que reacciona tanto respecto a agresiones contra la fama o autoestima que representen una vulneración de esa pretensión de respeto (que sólo existe cuando sea merecida por su conducta), como frente a declaraciones que infringen ese deber de respeto mínimo (con independencia de su comportamiento previo).

### 3. HONOR = ¿LIBERTAD?

Con anterioridad he indicado que la introducción de un sistema de valores respetuoso con la actual Constitución buscaba garantizar el derecho al honor para cada sujeto (previsto en el art. 18 CE). Esto era, además, una exigencia genérica de la dignidad de la persona (art. 10 CE). Este ligamen con la dignidad tiene dos consecuencias.

1. Condiciona el objeto de tutela: pretensión de respeto derivada del valor interno del sujeto (honor como atributo de la personalidad, propio de la dignidad de la persona). La aplicación del criterio de la honorabilidad limitaba esa pretensión de respeto ya que determinaba su existencia para cada caso concreto: ello dependía de la presencia de una reputación o autoestima merecida, es decir, de un juicio positivo previo sobre la conducta del titular del honor. El parámetro de evaluación era el respeto de los valores ético-sociales democráticamente dominantes. Esta postura tenía dos problemas (66). Uno, ya analizado:

---

(65) No obstante, se podría indicar, siguiendo los comentarios del profesor ORTIZ DE URBINA, que la expectativa de respeto mínima no se vulnera con un juicio de valor respecto a una conducta efectivamente realizada por el sujeto pasivo (en tal caso habrá que plantear la posibilidad de un atentado contra la intimidad), sino *sólo* cuando afecta a características inmodificables por la agencia del sujeto y que no tienen que ver con el uso que ha hecho de ella. Motivo por el que han de ser respetadas.

(66) Aparte del vinculado con la determinación del concreto código ético que se va a aplicar, *vid.* nota 31.

se podría volver a la situación (preconstitucional) inicial; privar totalmente de honor a los sujetos. Para evitarlo, se decía, la conexión con la dignidad siempre garantizaba un contenido mínimo (el elemento estático del honor). El otro problema, surge de la aceptación de la dignidad como límite mínimo. Cuando se admite esta premisa resulta difícil comprender: ¿Cómo puede ser un sujeto parcialmente privado de su pretensión (jurídica) de respeto por haber realizado una conducta que no está prohibida, o por no efectuar una que no está mandada?; ¿cómo puede ser modulada la pretensión de respeto del sujeto (en cuanto tal)? Sin entrar en la segunda cuestión, que trataré brevemente más adelante, no parece que la solución sea reducir la extensión de esa exigencia de respeto como consecuencia jurídica de la conducta previa realizada (de modo que el ámbito normativo del honor no alcance a ciertas personas *desviadas*, respecto a las cuales puede, incluso, no llegar a existir). Aunque el titular de un derecho puede definir su propio ámbito de honor protegido no ha asumido voluntariamente esta limitación: únicamente ha efectuado una conducta que ha generado una restricción del honor, consecuencia jurídica aneja que no tiene por qué conocer ya que no está prevista legalmente.

Aunque el objetivo de satisfacer las exigencias del principio de legalidad (garantía criminal) llevara finalmente a aceptar que sólo cuando se cometan ilícitos penales o administrativos se pudiera sufrir semejante reducción, este planteamiento tampoco superaría, en tal caso, los límites que el principio de legalidad (garantía penal) impone: sería una restricción de derechos no prevista en ley penal o administrativa alguna. Incluso la fijación legal de esta sanción no sería válida pues representaría la imposición de una sanción difamante. No aceptable en cuanto contraria a la prohibición de penas degradantes (*vid.* art. 15 CE).

Además, también habría que preguntarse si todo lo que es cierto, lo que coincide con una situación real, produce esa reducción de la pretensión de respeto. ¿Qué sucede cuando se imputa, p. e., un defecto físico o psíquico que el sujeto efectivamente posee? Como esa «conducta» del sujeto pasivo no es contraria al código ético o moral, no se ha producido una reducción de su pretensión de respeto como persona que puede ser lesionada por esa imputación capaz de reducir su reputación o autoestima (67). A ello también se puede responder, como me indicó el profesor Ortiz de Urbina, manteniendo que la presencia de ese defecto no es una conducta imputable a su titular, sino una «condi-

---

(67) *Vid.* al respecto MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BTI*: 24I/5.



ción» que no depende de su propia agencia. Por consiguiente, los insultos basados en estas condiciones vulneran la expectativa de respeto mínima.

2. Como consecuencia lógica del punto anterior quien agrede al honor lesionará la dignidad humana. Ahora bien, ¿la dignidad es vulnerada de forma directa e inmediata cuando se atenta contra el honor? Desde este planteamiento se tiene que dar una respuesta positiva. Afirmación necesaria, pues la posibilidad de reducir la exigencia de respeto unida a la persona debe contemplarse en realidad desde una posición en la que la dignidad se acepta como derecho constitucional autónomo que, además, no tiene un carácter «absoluto», ya que tiene que admitir límites internos. Esta afirmación implica, inicialmente, reconocer que la dignidad puede ser un bien jurídico autónomo (68) susceptible de modulación y, a continuación, que la dignidad se ha convertido en objeto de tutela en los delitos contra el honor [con independencia de que se le pueda reconocer, aparte de eso, una vertiente como principio/valor del ordenamiento jurídico (69)]. ¿A qué se reduce, entonces, la conexión con el honor? (i) Este carácter autónomo de la dignidad puede producir una confusión entre dignidad y honor (70), en la medida en que ambos conceptos se identifican con la idea de mérito y merecimiento (71). (ii) No obstante, esta confusión no se tiene que producir necesariamente. Eso acontecerá únicamente cuando la definición de la dignidad coincida con la del honor. Si, en cambio, se utiliza un concepto autónomo (en su modo más burdo como

---

(68) Sobre la consideración de la dignidad como derecho fundamental y sus consecuencias *vid.* la exposición de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005, pp. 32 ss.

(69) Ejemplo de este desdoblamiento es la distinción entre la dignidad de la persona (*Personwürde*) y la dignidad del hombre (*Menschenwürde*), fundamento de los derechos fundamentales, HIRSCH, 1969: p. 53. *Vid.* también ALEXY (1997: pp. 106 ss.: la dignidad como regla y como principio) y VIVES ANTÓN, 2004: p. 344.

(70) *Vid.* VIVES ANTÓN, 1996: p. 1025; ídem, 2004: p. 344: «Los ataques al honor son ataques *inmediatos* a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: *autoestima y fama* (heteroestima)» (cursiva original). Ataques *mediatos* serían aquéllos que son realizados contra los derechos fundamentales «manifestaciones concretas» de la dignidad. De esta manera la dignidad, *per se*, encuentra su protección general y abstracta en la tutela del honor. En esta línea *vid.* también CARMONA, 1991: pp. 98 s.

(71) Idea que coquetea con enfoques de la dignidad diferenciados (en la medida en que se reconocen niveles de dignidad diferentes en cada sujeto) y heterónomos (pues provienen de un foco externo: su pertenencia a una religión, a un grupo socio-económico, etc.) sobre los que se apoyaban los planteamientos preconstitucionales (y de los que se diferencian por la previsión de ese mínimo). Sobre esta distinción *vid.* PECES-BARBA, 2002: pp. 26 ss

prohibición de instrumentalización del hombre) (72), se produce, entonces, una relación de subordinación entre dignidad y honor, que aparece como una parcela de aquélla. En tal supuesto, se podría afirmar que, en los delitos contra el honor, se va a proteger penalmente la dignidad pero únicamente frente a una clase muy concreta de ataques: los delitos contra el honor pasan a tutelar, de todas las agresiones posibles contra la dignidad, solamente las que se realicen mediante atentados contra la fama y propia estima. Estos dos elementos actúan, por tanto, como criterios limitadores de la pretensión de respeto (comprobación de la conducta previa del sujeto pasivo), y como referencias típicas al modo de agresión penalmente relevante contra la dignidad (análisis de la conducta del sujeto activo). (iii) Tampoco se produce esta confusión cuando se defiende que en los delitos contra el honor se protegen dos bienes jurídicos: dignidad, que siempre se mantiene constante, y honor-honorabilidad (en sentido estricto) que varía en función de la conducta previa de su titular. Ambos bienes se conectarían diciendo que todos los ataques lesivos del honor-honorabilidad, en la forma prevista en los artículos 206 ss. CP, son lesivos de la dignidad, pero que no toda lesión de la dignidad representa un ataque lesivo del honor. De manera que, incluso cuando esa agresión no sea, en lo que respecta al honor del sujeto concreto, susceptible de represión penal, seguirá siendo un ataque relevante contra la dignidad (73). Esta es una posible opción interpretativa, que conduce al reconocimiento de la dignidad como bien autónomo y a la consolidación de los delitos contra el honor como pluriofensivos (honor/dignidad) (74).

Desde este enfoque se puede igualmente contestar la pregunta que anteriormente dejé en suspenso: ¿cómo puede ser modulada la pretensión de respeto del sujeto (en cuanto tal)? La respuesta es sencilla: cuando la dignidad tiene la categoría de derecho fundamental autónomo es necesario que no posea un carácter ilimitado, pues su efectiva operatividad jurídica requiere la precisión de límites internos.

---

(72) Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: p. 97.

(73) Parece que se aproxima a este planteamiento la distinción entre honor interno y externo de CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: pp. 36 ss., más que la de VIVES ANTÓN, 1996: p. 1026; CARMONA, 1991: pp. 98 s.; ídem, 2004: p. 372. Y es que aunque todos estos autores vinculan el honor externo con el libre desarrollo de la personalidad, los dos citados en último lugar, lo identifican como un aspecto positivo de la dignidad, mientras que en los primeros se aprecia una mayor conexión con la libertad de acción y decisión.

(74) En suma, la dificultad a la que se enfrentan estos planteamientos es que la dignidad como bien jurídico autónomo dispone de un objeto de tutela indeterminado en exceso (pretensión de respeto vinculada a la personalidad), apreciable en todos los bienes jurídicos, también en el honor.

Con todo, a esta concepción se opone la teoría, mayoritaria en España, que defiende que la dignidad no es un derecho constitucional autónomo (75) (como tampoco lo es el libre desarrollo de la personalidad) (76): es un principio o valor supremo del ordenamiento jurídico (77) que no se puede identificar con un derecho fundamental concreto (78). Existe, por tanto, una vinculación de la dignidad con todos los derechos fundamentales y libertades públicas a las que inspira (79). De este modo se puede mantener, así mismo, la dignidad (que no puede ser cuantificable) intangible (80).

La cantidad de esa pretensión de respeto vinculada a la dignidad debe ser siempre la misma para cada sujeto. No disponemos de cantidades variables de dignidad; ésta es igual para todos y siempre en igual medida: «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar», STC 57/1994, F 4 (81). Lo que sí cambia es la concepción de lo que se considere un ataque contra la dignidad y su gravedad, lo cual depende del objeto concreto de referencia que tenga (libertad, vida, patrimonio, etc.), del contexto histórico-social y de las características y circunstancias de la conducta agresiva y del sujeto que la efectúa.

El ataque que sufre la dignidad en los delitos contra el honor no será, de manera genérica, distinto a cómo se produce cuando se lesionan otros bienes jurídicos, ligados de forma necesaria con la dignidad como principio o valor del ordenamiento jurídico. A la vista del papel fundamental que tiene la dignidad dentro del orden axiológico establecido por la Constitución, resulta incoherente su fusión exclusiva o prioritaria con el honor. Más bien, se podría decir, que hay una identi-

---

(75) *Vid.* QUINTERO, 1990; GARCÍA GARCÍA, 2003: p. 41; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: p. 91. *Vid.* también SSTC 116/1999, F 4.; 140/1999, F 2.

(76) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: p. 91.

(77) MORALES PRATS, 1988: p. 702; QUINTERO, 1990; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 97; PECES-BARBA, 2002: p. 64; GARCÍA GARCÍA, 2003: p. 30, y 64; BATISTA JIMÉNEZ, 2006: pp. 6 ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: pp. 78 ss. *Vid.* SSTC 57/1994; 337/1994, F 12; 116/1999, F 4; 212/2005 F 4.

(78) FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 98 y 110.

(79) MORALES PRATS, 1988, p. 702; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 99; *ídem*, 2001b: p. 1335; GARCÍA GARCÍA, 2003: pp. 39 s., 61 s. y 67. *Vid.* SSTC 57/1994, F 4; 91/2000, F 7; 212/2005, F 5.

(80) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 96 ss.; *ídem*, 2001b: pp. 1335 ss.; GARCÍA GARCÍA, 2003: p. 31; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: pp. 38 s.

(81) En el mismo sentido *vid.* SSTC 214/1991, F 8; 91/2000, FF 7 y 8.

ficación de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas con la dignidad, de manera que cualquier ataque a un bien jurídico, y no sólo los realizados contra el honor, representa una lesión directa o inmediata de la dignidad (82). Esta relación de la dignidad con cualquier bien jurídico crea la necesidad de determinar el «honor», como exigencia general de respeto vinculada al valor intrínseco de cada sujeto, mediante un criterio adicional (83). En páginas anteriores ya he analizado cómo se realiza a través de la honorabilidad. Ahora, se trata, empero, de analizar como se ha intentado efectuar mediante la libertad. Como criterio de concreción de la exigencia de respeto vinculada a la dignidad, la libertad se ha utilizado de dos formas. Libertad del individuo en el desarrollo de su vida sin ser víctima de reproches sociales –*libertad en el desarrollo de la personalidad*–. Derecho a continuar ejerciendo esa libertad sin la limitación que puede implicar la pérdida de honor –*libertad de decisión y acción*–.

### 3.1 Libertad en el desarrollo de la personalidad

Se puede insistir únicamente en el primer aspecto. Se reconoce la existencia de una idéntica cantidad de honor (como atributo de la personalidad, propio de la dignidad de la persona) para todos los sujetos, que sigue constante independientemente de las opciones vitales adoptadas (consecuencia de la libertad en el desarrollo de la personalidad, interpretado a la luz de los principios rectores del *pluralismo* y la *igualdad* como derecho a la diferencia) (84). Nadie puede ser sometido

---

(82) MORALES PRATS (1988: p. 683) y FERNÁNDEZ PALMA (2001a: pp. 98 ss. y 108; ídem 2001b: p. 1356) defienden que todos los ataques contra la dignidad son inmediatos, tanto respecto al honor como al resto de los derechos fundamentales. *Vid.* también GIMBERNAT, 1999: p. 73; REBOLLO VARGAS 2004: p. 503.

(83) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 71; LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 37; ídem, 2004: pp. 954 s.

(84) *Vid.* MORALES PRATS (1988) y QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (2005) y su «*articulación dialéctica de principios a modo de «contrapesos dinámicos»*». El fundamento del honor es la dignidad humana y su fin último el desarrollo de la personalidad. Ambos aspectos no se identifican con una vertiente estática y dinámica respectivamente. Es un principio de tutela dinámico: dinámicamente igual para todos (principio de igualdad), dinámicamente diferente y diverso (principios de libertad y pluralismo), «Así, *el honor es dinámicamente igual para todos los sujetos, por cuanto en su esfera de libre actuación todos son portadores de este bien jurídico; pero, a su vez, el honor se traduce, dinámicamente, en derecho a la diferencia y a la diversidad, por cuanto se haya articulado a la libertad y el pluralismo»*, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, 2005: p. 490 (cursiva original); MORALES PRATS, 1988: pp. 682 ss. En la misma línea FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 103 ss.; ídem, 2001b:

do, por las decisiones vitales tomadas libremente en el desarrollo de su personalidad (en función del principio moral que el sujeto libremente haya elegido) a conductas o expresiones despectivas, pues éstas representan una interferencia en el ejercicio de su autonomía personal, que deben ser reprimidas (85). Dicho de otro modo: el honor ya no sólo se conecta con la dignidad, ahora también con el libre desarrollo de la personalidad. Y así, el honor, aparte de su dimensión como pretensión de respeto *personal*, se presenta como un requisito de la autonomía interpersonal en la comunidad (aspecto público): un reconocimiento recíproco de cada persona y de sus respectivos marcos de desarrollo personal libre (86) permite la convivencia en una sociedad democrática (87).

---

pp. 1356 s.; REBOLLO VARGAS, 2004: p. 505. De aquí se deduce que el objeto de protección es el derecho que tiene cada sujeto a que se le protejan las decisiones tomadas (manifestación de esta libertad expresión y el pluralismo) y que, al mismo tiempo, deban ser limitadas para proteger la libertad (expresión) y el pluralismo social. Es decir, no habrá una conducta atentatoria contra el honor «cuando en el ejercicio del derecho de información [o de expresión] además se hallen en juego, de forma *inmediata*, los valores superiores relativos a la *libertad* y el *pluralismo* que expresa nuestra Constitución», MORALES PRATS, 1988: p. 684.

Planteamiento que se apoya en una perspectiva dinámica de la dignidad. Perspectivas de la dignidad (desde una concepción autónoma de su origen): (i) estática: concepto cerrado; pertenece al hombre por el mero hecho de serlo; (ii) dinámica: en continuo desarrollo, por la actividad reafirmadora del hombre, y en función de las necesidades de la sociedad. Es un concepto de contenido cambiante, progresivo (*vid.* MORALES PRATS, 1988: p. 702; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 102 s.; PECES-BARBA, 2002: pp. 63 ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005: p. 52; BATISTA JIMÉNEZ, 2006: p. 18). Este enfoque conduce a que la dignidad incluya implícitamente el «libre desarrollo de la personalidad», FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 108; BATISTA JIMÉNEZ, 2006: p. 17.

(85) En el mismo sentido se mueve el principio de autonomía de la persona de NINO, 1989: cap. V. Autor que considera que este principio tiene dos aspectos: «El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida. El segundo aspecto consiste en vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esta autonomía», NINO, 1989: p. 229. *Vid.* también PECES-BARBA (2002: pp. 65 s.) que, apoyándose en la construcción de Kant, considera que la dignidad, vinculada con la autonomía, tiene dos momentos: libertad psicológica (capacidad de elección), libertad o independencia moral.

(86) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 169. *Vid.* también CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: pp. 19 y 37 s.; ÁLVAREZ GARCÍA, (1998) que, aunque mantiene una distinción entre la dimensión externa e interna del honor –esta última vinculada con la pretensión mínima de respeto que dimana de la dignidad, sostiene que la «heteroestima se caracteriza (...) como la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite, precisamente, la participación en los sistemas sociales».

(87) Por este motivo se indica que en estos casos se está utilizando un *concepto interpersonal del honor*, *vid.* KINDHÄUSER, *BT*: pp. 22 a 24 ss. El concepto funcional

Así se consigue solventar uno de los problemas señalados con anterioridad: la pretensión de respeto vinculada a la dignidad de la persona, aunque se afirme que tiene un contenido cambiante y progresivo, lo aceptado en un determinado momento histórico se mantendrá idéntico para cada sujeto (y no varía en función de su conducta) (88). Por consiguiente el carácter circunstancial de los atentados contra el honor únicamente afectará a las condiciones para que se lesione el honor; el perjudicado siempre tiene derecho al honor, pero puede que la expresión o imputación, en función de elementos vinculados a la naturaleza de la expresión o de las circunstancias concurrentes, no sea un ataque contra dicho derecho en el caso concreto (89).

La dificultad a la que se enfrenta este planteamiento se halla en que, aunque ha negado la premisa del anterior enfoque (la pretensión de respeto no se reduce sino que se mantiene constante), parte también de una inicial identificación entre dignidad y honor. No se ha conectado dicha pretensión con un objeto concreto (90). Éste no puede ser,

---

de honor, se dice, da un paso más en esta línea al considerar que el honor es un requisito de la comunicación: es la capacidad del hombre para «comportarse de tal modo que puede cumplir las expectativas normativas que debe cumplir para ser aceptado como un interlocutor igual», KINDHÄUSER, *BT*: 22/6, *vid.* de modo más amplio en AMELUNG, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*, 2002. Concepto funcional en el que, curiosamente, no se termina de incluir a JAKOBS, *vid.* expresamente en ese sentido KINDHÄUSER, *BT*: pp. 22/ a 26, n. 6.

(88) *Vid.* FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 164 s.; ídem 2001b: pp. 96 y 119 ss.; LAURENZO COPELLO, 2004: p. 944 (el bien jurídico honor es: «el derecho que corresponde a todos los ciudadanos por igual a disfrutar del aprecio de los demás y de sí mismos, sin verse sometidos a actos despectivos o de menosprecio originados en sus opciones vitales»), pp. 957 y 961; QUINTERO/MORALES, 2005: p. 490. También en este punto, aquellas otras formulaciones que mantienen que «sólo puede hablarse de libre desarrollo de la personalidad [como elemento positivo de la dignidad] allí donde el individuo ejercita sus propias opciones sin perder la autoestima ni el aprecio de la comunidad», VIVES ANTÓN, 1996: p. 1027; *vid.* también CARMONA, 2005: p. 372.

(89) *Vid.* VIVES ANTÓN, 1996: p. 1027; LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 25 ss.

(90) Observa esta necesidad de concreción JAKOBS (1985: pp. 428 s.) pues en caso contrario «las injurias se convierten en el delito general contra la persona, abarcan todos los menoscabos de derechos» en la medida en que cualquier conducta representa un atentado contra un bien jurídico honor que simplemente se define como la autonomía personal basada en el reconocimiento recíproco (incluso se podría afirmar, sostiene este autor, que el sujeto pasivo de la injuria sería toda la comunidad). Ese límite lo encuentra dando un enfoque público al honor (que se añade al personal): «existe un interés público en que las informaciones sean ajustadas a la realidad», puesto que «la comunicación sobre los comportamientos concretamente imputables [en un ámbito social más amplio que el jurídico-penal]; por un lado, sirve para corroborar la vigencia de las distintas normas (...) Por otro, también sirve para informar acerca de los comportamientos imputables que se han producido, para que el receptor de la información pueda actuar en consecuencia, atribuyendo ventajas en caso de imputación laudatoria y desventajas cuando la imputación sea reprehensión. Esta última

empero, el libre desarrollo de la personalidad, pues sufriríamos la misma crítica que con la dignidad: es realmente un principio rector, fin último, de todos los derechos fundamentales (que, incluso, se puede integrar dentro de un concepto amplio de dignidad) (91). En el fondo, la tutela penal de cualquier bien jurídico persigue que el sujeto mantenga su libertad en el desarrollo de la personalidad y garantizar sus opciones de participación social (92). Por consiguiente, la libertad en el desarrollo de la personalidad es, junto a la dignidad, un principio/valor superior del ordenamiento jurídico [indisolublemente presentes en todos los tipos penales (93)]: las ratios de la tutela del honor, pero no su objeto de tutela.

Por este motivo fracasa este intento de concreción del binomio honor/dignidad a través de la libertad. Al final se tiene que recurrir necesariamente a los elementos definidores del honor como honorabilidad: fama y autoestima. Ambos deben ser el objeto concreto de tutela del honor/dignidad del mismo modo, añadido, como sucede con la vida/dignidad, la integridad física/dignidad, la intimidad/dignidad, el

---

finalidad no puede ser alcanzada en caso de que se produzcan informaciones mendaces (o valoraciones erróneas). (...) Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en la concepción exclusivamente personal, no se trata de un amplio derecho a la verdad, sino de un derecho muy limitado a obtener informaciones ciertas en alguno de aquellos ámbitos en los que la obtención de información es de interés general», JAKOBS, 1985: pp. 431 s. Crítico MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BTI*: pp. 241/5, que mantienen que ese interés público en dar informaciones ajustadas a la realidad no es un bien jurídico, o lo es tanto como el interés que existe en que se respeten otros bienes como la vida o la integridad. De igual forma CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: p. 38.

En suma, Jakobs no hace sino insistir en algo que ya hemos comentado (*vid.* apartado 2.1.2): la idea de pretensión de respeto socialmente merecido y en su limitación por el grado de efectivo cumplimiento de las normas ético-sociales por su titular. Habrá un atentado contra el honor cuando se produzca «una imputación incierta en contra de una persona», pues tendría que sufrir consecuencias sociales de forma inmerecida. En cambio, no hay lesión del honor cuando la imputación es cierta: hay un interés social, en determinados ámbitos, para conocer las conductas efectivamente realizadas por un individuo. Pero el interés social reside en que de este modo el titular puede sufrir justamente las consecuencias sociales de esa conducta, al tiempo que se reafirma la vigencia de las normas sociales vulneradas.

(91) Así VIVES-ANTÓN (1996: pp. 1026 s.) identifica en la dignidad un aspecto negativo (fórmula de prohibición de instrumentalización del hombre) y otro positivo (derecho al libre desarrollo de la personalidad).

(92) No olvidemos tampoco que desde una concepción sociológica este factor participativo está presente en cada bien jurídico. Y es que son bienes jurídicos aquellas condiciones necesarias para el correcto funcionamiento del sistema social y, en concreto, aquellas que incidan en las posibilidades de participación del individuo en el sistema social (referente individual de los bienes jurídicos).

(93) FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 142 a 145.



patrimonio/dignidad, etc. Así, aunque esa exigencia de respeto de cualquier opción vital sea idéntica para cualquier persona, su lesión únicamente será sancionada, por medio de los delitos contra el honor, cuando la conducta del sujeto activo sea capaz de reducir la reputación o autoestima (a no ser que esa agresión típica represente un ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información).

1. Llegados a este punto parece que hemos vuelto al origen de la discusión. Realmente se protege, la honorabilidad. Así se consigue no vaciar de contenido al honor: este derecho fundamental debe entenderse como el derecho al reconocimiento social y personal, determinado por su actuar respetuoso con el conjunto de valores democráticamente dominantes. Pero, al mismo tiempo, se le da un anclaje constitucional; se interpreta el honor-honorabilidad con las limitaciones que aportan la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como principios/valores superiores del ordenamiento jurídico. Es decir, uno de los principales valores dominantes, de debido respeto, es la obligación de su mantenimiento en todos los casos, con independencia de la forma de comportamiento adoptado.

La clave reside, pues, en que el honor cuando se configura como derecho definido de forma respetuosa con los principios básicos del sistema axiológico recogido en la Constitución (94), en abstracto, nunca desaparece de manera definitiva, bien porque se considere que el sujeto siempre tiene la posibilidad de alcanzar esa fama y autoestima (95), bien porque se entienda que nunca se pierde de forma completa la reputación o autoestima (realmente la demostración de tal circunstancia, la pérdida absoluta, es imposible). En suma, el derecho reaccionará, por consiguiente, en aquellos casos en los que haya un ataque contra el reconocimiento social y personal de un sujeto pero ¿qué sucede cuando el sujeto afectado no dispone de dicho reconocimiento? Estando así las cosas, se puede interpretar que en los tipos relativos a los delitos contra el honor (i) se ha fijado la consumación

---

(94) *Vid.* la magnífica exposición al respecto de FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: especialmente, pp. 77 ss.

(95) «De la misma manera que el incremento de las deudas de una persona que ya no tiene patrimonio disponible constituye una lesión del patrimonio, porque (y en la medida en que ello sea así) con ello se alarga el camino hacia la obtención de un patrimonio disponible, también quien carece de honor puede ser injuriado, porque (y en la medida en que ello sea así) con ello se alarga el camino hacia la honorabilidad». Y es que «la norma contra las injurias no protege en todos los casos el honor positivamente existente, sino que protege frente al empeoramiento del balance del honor; éste, sin embargo, ya podía ser negativo antes del hecho», JAKOBS, 1985: p. 434.

formal del tipo en la tentativa material de lesión para evitar dejar desprotegidos, precisamente, a aquéllos individuos que no disfrutaban de reconocimiento, pero a los que el ataque dificulta las posibilidades de recuperación y de desarrollo personal libre. Se tutela tanto la protección de los niveles obtenidos de «distinción social o personal» como la posibilidad de poder alcanzarlo (tentativa que queda asimilada punitivamente a la consumación); de manera que se sanciona la conducta que presenta una capacidad suficiente *ex ante* para reducir la reputación o autoestima, con independencia de que *ex post* haya una reducción efectiva o simplemente haya suscitado un desprecio (96) social o personal que impida alcanzarla/recuperarla. (ii) Por otro lado, se puede sostener que nunca se produce una pérdida total del reconocimiento social e individual (97). Todo individuo conserva, aunque la sociedad y/o el mismo opinen lo contrario, unos niveles mínimos de reputación garantizados constitucionalmente, de modo que cada ataque puede representar una nueva lesión: cualquier conducta con capacidad suficiente *ex ante* para reducir la reputación o autoestima siempre puede producir un resultado lesivo *ex post*.

2. Debo insistir, de nuevo, en que desde este planteamiento la dignidad no es el objeto de tutela. Por consiguiente, no se puede afirmar que un «simple insulto» se deba sancionar porque atente contra la dignidad humana. Este ataque es similar al que se produce cuando se lesionan otros bienes jurídicos. El injusto se tiene que construir en torno al objeto protegido: reputación y autoestima. De este modo, el juicio de valor sólo será un ataque contra el honor en la medida en que se demuestre su capacidad lesiva. Su justificación no parece demasiado complicada, cuestión distinta es que la formulación de un juicio de valor sea una forma de ataque menos grave que la imputación de hechos; y que estas agresiones no sean sancionadas cuando estén amparadas por un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (y, por tanto, no sean antijurídicas) (98).

Dos posibles situaciones conflictivas interconectadas. (i) Se señala que el juicio de valor sólo lesiona la autoestima del sujeto. (ii) Se cae en

---

(96) LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 42.

(97) En contra JAKOBS (1985: pp. 434 s.) que considera que sí puede haber una pérdida total del *status* de honor en un momento vital determinado, lo que se mantiene inalienable es la *capacidad* para ser titular del honor.

(98) Lo que también sucede respecto a las imputaciones de hechos cuando están amparadas por el ejercicio de la libertad de información. No obstante, no se afirma de forma unánime que ello se resuelva por la vía de la antijuricidad, también se defiende que puede conducir a su atipicidad.

una construcción subjetiva del ataque contra la autoestima. Defiendo que un juicio de valor y una imputación de hechos son capaces por sí mismos de afectar tanto a la reputación como a la autoestima, es decir de reducir los niveles de reconocimiento social y personal de un sujeto [esta última entendida como la pérdida de confianza de un sujeto en sus méritos como merecedores de reconocimiento social (99/100)]. Asimismo, la redacción típica (del art. 208 CP) arroja una nueva cuestión: ¿Basta con la realización de uno de estos elementos típicos (atentado contra fama/propia estima) o tienen que concurrir ambos? Cuando nos centramos en la capacidad disyuntiva, *ex ante*, de la conducta para perjudicar a la fama o autoestima, se llega a la conclusión de que puede bastar con la capacidad para afectar a una de ellas. Ello levanta voces de alarma: ¿qué sucederá con aquellos sujetos que tienen un enorme y sensible ego, ¿el Derecho penal tendría que reaccionar frente a ataques insignificantes? Creo que no debe haber motivo de inquietud: se llega a este resultado porque se utiliza un criterio subjetivo de interpretación del tipo y, además, se recurre a la representación de la víctima sobre el grado de ofensividad de la conducta. Las teorías *subjetivo-formales* utilizan la representación mental del proceso delictivo como criterio de *interpretación del tipo*: establecen el inicio de la ejecución según el instante en que se cree que ha comenzado realización del tipo. Normalmente el criterio subjetivo de interpretación tiene en cuenta la representación del autor. En el caso que ahora se estudia se dice, en cambio, que es la víctima la que valora en qué momento la conducta del autor es ejecutiva: motivado por su alta autoestima considera que, p.e., no saludar por la calle ya representa un ataque típico. Si bien es cierto que ello puede suceder cuándo se utiliza un criterio subjetivo de análisis de la ejecutividad de una conducta si, por el contrario, se recurre a un criterio objetivo en la valoración del compor-

---

(99) Y así autoestima se identifica con seguridad en la obtención de respeto social. Mientras que su pérdida equivale a miedo al rechazo social y los cambios de actitud que provoca en la conducta del sujeto.

(100) El Diccionario de la RAE define la autoestima como la «valoración generalmente positiva de sí mismo». La estima como la «consideración y aprecio que se hace de alguien o algo por su calidad y circunstancias». No obstante, FERNÁNDEZ PALMA (2001: p. 166) define la autoestima como una pretensión de respeto: «el status mínimo que le asegura sea cual fuere su propio comportamiento un tratamiento en el que no se le obvie como ser libre, racional e igual», lesionado por «las imputaciones de contenido discriminatorio que coartan la libertad de desarrollo personal o social, o que atenten contra la diversidad», lo cual puede limitar la posibilidad de desarrollo libre. Considero que, desde este punto de vista, se produce una confusión (como ya sucedía con la identificación entre autoestima y honor interno) entre propia estima y dignidad.

tamiento realizado se tendrá que exigir la *misma* capacidad lesiva respecto a ambos elementos (101). Lo importante será verificar (siempre a partir del plan del autor, último reducto de las teorías subjetivas) que la conducta sea capaz de producir al mismo tiempo unas consecuencias sociales y personales. Sólo unas expresiones o acciones con determinadas características objetivas serán capaces, *ex ante*, de menoscabar la fama y autoestima (si únicamente se muestran capaces de afectar a una de ellas no serán penalmente relevantes) aunque *ex post*, afecte exclusivamente a una de ellas, a ambas o a ninguna (102) (lo cual será relevante para determinar la gravedad del comportamiento).

E6: A afirma que B es un ladrón. B ha cometido, efectivamente, el robo. Esto le ha generado una pérdida de reconocimiento social e, incluso, personal. A comete un atentado contra el honor porque su conducta es capaz de dificultar la recuperación, o al menos la elevación, de los niveles de reconocimiento social y personal.

### 3.2 Libertad de decisión y actuación

En el recurso a la libertad como criterio de concreción se puede dar un paso más; sin perder la referencia a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como ratios, se convierte la libertad de decisión y actuación en el objeto principal de tutela, en perjuicio de la honorabilidad (que se mantiene, no obstante, como objeto material del delito). A este extremo se llega cuando se afirma que la reducción de la autoestima o fama a través de manifestaciones de desprecio reducen las posibilidades, *futuras*, de desarrollo personal (103).

---

(101) No se trata de concentrarse principalmente en la fama como plantean algunos autores (creo que ése es otro debate distinto), *vid.* QUINTERO OLIVARES, 1996: «Es inaceptable que el delito de injurias pueda consistir, alternativamente [lo que parece admitir MESTRE DELGADO, 2001: p. 179], en un daño objetivo al derecho a la dignidad personal o bien en un daño a la particular interpretación que cada cual tenga del respeto que los demás le deben. La única manera de salvar esta contradictoria conclusión pasa por entender que la ofensa a la propia estimación es un complemento potencial de la conducta básica que, en todo caso, siempre será la lesión (objetiva) a la dignidad de una persona».

(102) En una línea próxima CARMONA, 2005: p. 389 insiste en que no se trata de un atentado alternativo a una de esas dos vertientes, lo importante es que el ataque se tenga por grave en el concepto público.

(103) *Vid.* NAVARRO/FUENTES, 2007: p. 385 s., 402. *Vid.* también FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 129, 164 ss. y 202; LAURENZO COPELLO, autora, que aunque indica que el sujeto activo es el que expone al sujeto pasivo a una pérdida de «respeto

Esta interpretación no puede tener cabida dentro de la actual redacción del CP en la que no se exige que la conducta posea dicha capacidad lesiva respecto a la libertad. Ahora bien, *lege ferenda* me parece interesante realizar una breve reflexión sobre algunas de las consecuencias dogmáticas que se derivan de este planteamiento.

1. Los delitos contra el honor se convierten en formas específicas de ataques contra la libertad de decisión (104) y actuación (105) (reducción del ámbito de selección vital): no se produce a través de la amenaza de un mal (amenazas, título VI, capítulo II), ni impidiendo con violencia realizar lo permitido o no llevar a cabo lo no prohibido (coacciones, título VI, capítulo III), sino mediante manifestaciones de desprecio hacia una persona por el hecho de haber elegido una opción vital concreta (reprochable según un determinado código moral o incluso por el ordenamiento jurídico) o imputaciones de hechos que generan repudia, rechazo o desprecio social y/o reducen los niveles de autoconfianza, que limitan las posibilidades de decisión y actuación del sujeto. Por ese motivo, deberían aparecer reguladas en el mismo título VI, en un posible capítulo IV.

Supongamos que en la coacción utilizamos un concepto amplio de violencia que incluye algunos supuestos de fuerza en las cosas (*vis rebus propria*) (106). A partir de esta premisa afirmaríamos que la persona que, p. e., inutiliza el coche de un sujeto para que no pueda acudir a un examen está realizando una coacción. Cambiemos ahora los términos del ejemplo: una persona inutiliza la reputación de un tercero

---

comunitario» (LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 37 s. y 133; ídem 2004: pp. 944 y 1.033), adicionalmente mantiene que no se protege la obstaculización de ese derecho al «respeto comunitario», sino el derecho a no sentirse coaccionado por el miedo a sufrir un futuro rechazo social o personal por esa actuación: «una valoración negativa de determinadas decisiones vitales resta al ciudadano de libertad para emprenderlas, pues, éste se sentirá coaccionado ante la posibilidad de sufrir el desprecio social –e incluso personal– que tal camino lleva consigo» (LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 37 s. y 129; ídem, 2004: p. 955). Si esto es así, no debería plantearse cuándo hay una consumación en función de la obstaculización del derecho al respeto comunitario, sino que tendría que concentrarse en la existencia de una coacción motivada por los actos de desprecio sufridos.

Próximos CARDENAL MURILLO/GONZÁLEZ DE MURILLO, 1993: pp. 36 ss. y 66 s; CARBONELL, 1995: p. 23.

(104) Libertad como atributo de la voluntad: aspecto psicológico entendido como el derecho esencial a la libre formación de la voluntad (sin injerencias o presiones intolerables externas).

(105) Capacidad de ejecutar la decisión previamente adoptada.

(106) Se ejerce violencia sobre el objeto para limitar efectivamente la libertad de obrar.

(le imputa ciertas conductas de contenido sexual –p. e., actos de infidelidad, tener enfermedades de transmisión sexual, practicar la zoofilia, etc.–) para que no pueda... casarse, acceder a un cargo público electivo, vivir en su barrio, continuar realizando su actividad laboral, etc. Un sujeto destruye la autoestima de una persona (pérdida de confianza de un individuo en sus méritos como merecedores de reconocimiento social) para que no se presente a un cargo (público o laboral), no pueda continuar con su actividad laboral (porque piense, p. e., que va a ser rechazado por su grupo de trabajo), deje de acudir a su centro de culto, para que acepte condiciones laborales leoninas, para que se someta a los requerimientos de su pareja, etc. En esto consiste precisamente el ataque contra la libertad que se produce mediante la destrucción de la reputación o autoestima.

2. Tampoco hay una desvinculación de las cuestiones relativas al honor-honorabilidad. Es cierto que ahora subsisten como referencias típicas al modo de agresión penalmente relevante contra la libertad. Se acude a la fama y autoestima, con la peculiaridad de que no se convierten en el auténtico objeto de tutela; son elementos normativos esenciales del tipo (107); determinan que, de todos los ataques posibles contra la libertad, sólo se sancionarán (únicamente serán típicos) los que se realicen mediante una agresión a dichos elementos (108). De este modo se mantiene una necesaria referencia con la comprobación fáctica del grado de afectación de la fama y autoestima (si bien concentrado en el plano *ex ante* (109) y partiendo, *ex post*, de las consideraciones antes apuntadas: ora todos tienen la misma posibilidad abstracta de alcanzar un cierto nivel de reconocimiento, ora todos disponen de una cantidad susceptible de lesión).

A pesar de ello, se mantiene en los aspectos esenciales la misma concepción del bien jurídico honor que en el supuesto anterior. La diferencia radica en que se ha producido una subordinación de la tutela del bien jurídico honor al bien jurídico libertad individual. Así se indica que el honor sólo puede ser objeto de protección en la medida en que los ataques a dicho bien afecten, además, a la libertad de acción y

---

(107) En esta línea, pero como «puntos de referencia normativos [no fácticos] destinados a precisar el contenido del derecho al respeto a los demás», LAURENZO COPELLO, 2004: p. 943; ídem, 2002b: p. 130. *Vid.* también FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 119 ss.

(108) LAURENZO COPELLO, 2002b: pp. 40 y 129.

(109) De nuevo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, que se analiza según parámetros generales, habrá que determinar la presencia de una ofensa suficiente, *vid.* LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 41.

decisión (que se encuentra en la misma dirección de ataque del comportamiento inicial contra el honor) (110). Las cosas así, es cierto que se podría afirmar que el bien jurídico honor, realmente se convierte en un ejemplo de bien jurídico intermedio peculiar, pues no coincide con la propuesta original (subordinación de bienes jurídicos colectivos a bienes individuales –que responden a unas características comunes de homogeneidad o situación en una misma línea de ataque– mediante la previsión típica de su puesta en peligro en el tipo) (111) pues conecta dos bienes jurídicos individuales.

El motivo de este vínculo se encuentra en la relativización de la importancia penal de los ataques contra el honor. Aunque dicho bien jurídico, como lo hemos definido en el punto (3.1), merece tutela por el ordenamiento jurídico, sólo se debe requerir la intervención penal en los supuestos de ataques especialmente graves (principio de *intervención mínima*): cuando la conducta lesiva contra la reputación y autoestima limite (o sea capaz), adicionalmente, la libertad de acción y decisión.

3. Ello va a tener una serie de consecuencias en la estructura objetiva del tipo y del injusto. El examen del injusto se tendrá que realizar en torno al objeto de protección: la libertad. Pero, al mismo tiempo, se deberá valorar mediante la comprobación de la concurrencia de los elementos típicos normativos: afectación de la fama y la propia estima (injuria), o realización de la conducta concreta que se considera que tiene este efecto, a saber, la imputación de hechos delictivos (calumnia). Por consiguiente, hay dos análisis inseparables: (i) verificar la presencia de todos los elementos objetivos del tipo (estructura del tipo) y el (ii) grado de realización del ataque contra el bien jurídico que representan (estructura del injusto) (112). O dicho de otro modo: se trata de determinar si, a la vista de la estructura típica, se requiere un resultado de lesión del objeto de tutela. Si no es así será necesario precisar la clase de delito al que nos enfrentamos examinando tanto su grado de peligro y exigencia de su concreción en el caso

---

(110) Tomo prestada casi literalmente esta expresión de MATA Y MARTÍN, 1997: p. 31, autor que la utiliza, empero, en un contexto distinto.

(111) *Vid.* MATA Y MARTÍN, 1997: pp. 22 ss. Si bien esta conexión también se podría plantear en el tipo subjetivo, incluyendo un elemento adicional que exija un ánimo de producir la lesión de la libertad.

(112) ACALE SÁNCHEZ (2000: pp. 152 ss.) señala con claridad en su monografía sobre el *tipo de injusto en los delitos de actividad* que al analizar un tipo penal hay que distinguir entre estructura de la antijuricidad (que puede ser de lesión o de peligro) y estructura típica (que puede ser de simple actividad o de resultado).



concreto [delito de peligro abstracto (113) o delito de peligro concreto], como su posición en el *iter criminis* del proceso que conduce a la lesión del bien jurídico de referencia (la libertad).

Los delitos contra el honor son un delito de lesión cuando requieren la producción de la lesión efectiva de la libertad de acción y decisión (114). Sin embargo, cuando no lo exijan serán delitos de peligro –concreto o abstracto (115)– y de *iter criminis* –de tentativa o de preparación o de participación– (116) (117).

De igual forma, tendrá ciertas consecuencias en la estructura subjetiva. Cuando se parte de un planteamiento que sitúa a la libertad como objeto de tutela concreto del honor, la discusión sobre la exigencia de un ánimo de injuriar o calumniar se vuelve más compleja. Ello se debe a que hay que considerar en el análisis subjetivo, la distinción entre la estructura del injusto y del tipo. Por este motivo será posible diferenciar dos ámbitos posibles: (i) *la voluntad de lesionar el bien jurídico*, (ii) *la voluntad de realizar los elementos del tipo* (o de producir el resultado típico, según la estructura del delito analizado).

En lo que afecta a la estructura del injusto, si los delitos contra el honor requieren la producción de una lesión efectiva de la libertad de decisión y acción entonces tendrá que concurrir dicho elemento voliti-

(113) Respecto a la problemática de la anticipación de la tutela penal que rodea a este grupo de delitos debo indicar que únicamente concurre cuando desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva sino que también abarca la capacidad lesiva *ex ante*, se criminalizan conductas que no lesionan o que, no representan una puesta en peligro, materialmente relevante (capacidad lesiva directa *ex ante*), del bien jurídico, *vid.* FUENTES, 2006: pp. 1-8.

(114) Lo cual se consigue insistiendo en que cualquier limitación representa una lesión: «no es necesario que esa capacidad relacional se lesione hasta el punto de impedir la participación social», basta con que represente un obstáculo, FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: p. 202; *vid.* en el mismo sentido LAURENZO COPELLO, 2002b: p. 48; *ídem*, 2004: p. 263 ss., que mantiene que cualquier limitación de la reputación/autoestima ya representa una lesión de la libertad de desarrollo.

(115) Según se requiera o no la efectiva lesión de la reputación y autoestima como concreto resultado de peligro.

(116) Será un delito de tentativa cuando se exija que la conducta posea capacidad suficiente *ex ante* para iniciar la lesión de la libertad. Diferente a lo que sucede si fuera un delito de preparación. En ese caso se perseguirían penalmente conductas que son la condición de una actividad delictiva (que posibilita, facilita o asegura: carácter condicional), incapaz *per se* de lesionar de forma directa (carácter mediato) el bien jurídico tutelado (es un comportamiento materialmente no-ejecutivo).

(117) Idea que no es nueva, ya aparecía con otras construcciones del bien jurídico. Así, GEPPERT (1983: p. 533) consideraba que los delitos contra el honor eran delitos de peligro abstracto pues no se requería la lesión de la exigencia de respeto: no era necesario comprobar, por consiguiente, la existencia de un menoscabo de la buena reputación.

vo en el autor. Si por el contrario se mantiene que son delitos autónomos de peligro (con ciertas peculiaridades) y de tentativa (capaces, *ex ante*, de generar de forma directa una lesión de la libertad), entonces, no es necesaria su concurrencia (que podría aparecer, empero, como elemento subjetivo adicional del injusto).

La estructura subjetiva típica de los delitos contra el honor varía en función de la forma de ataque contra el honor que se trate. En las calumnias el dolo se limita a querer realizar la conducta descrita típicamente con conocimiento de que se imputa la práctica (falsa) de una actividad delictiva. La intención de calumniar se puede incorporar como elemento subjetivo adicional. En las injurias la situación es diferente pues la descripción típica prevé la posibilidad de un resultado: la efectiva lesión de la reputación/autoestima. Por ese motivo, la discusión se concentra en decidir si el aspecto volitivo del dolo tiene que limitarse a querer realizar una conducta con conocimiento de la capacidad que posee para lesionar la reputación/autoestima o tiene que incluir, además, el deseo de lesión de la reputación y autoestima (ánimo que, normalmente, se deduce de las circunstancias). Si se exige objetivamente la producción de una lesión de la reputación y autoestima, el ánimo de que así acontezca será un elemento del dolo. En caso contrario, el dolo se configura, como la voluntad de lesionar la reputación y/o autoestima a través de la realización de una conducta que conoce que es capaz de ello.

4. Por último debo señalar que, desde el enfoque que vincula, en un sentido estricto, honor con libertad no se puede explicar por qué la imputación de un hecho falso tiene un injusto mayor. La información sobre hechos, ya sean verdaderos, ya sean falsos, puede tener las mismas consecuencias sociales y personales, reduciendo las posibilidades de decisión y actuación de la persona. Esto es, toda clase de imputación que pueda tener un efecto sobre la reputación y autoestima (real o aparente) podrá dañar la libertad de actuación y decisión.

No obstante, el TC, dentro de los límites que establece al legítimo ejercicio del derecho a difundir la información incluye la necesidad de que la noticia supere un juicio de *veracidad* (118).

---

(118) *Vid.* O'CALLAGHAN, 1991: p. 54; BERDUGO, 1992: pp. 346 ss.; MARTÍN MORALES, 1994: p. 79; CARBONELL, 1995: p. 11; BACIGALUPO, 2000: p. 48; LÓPEZ PEREGRÍN, 2000: p. 115; LAURENZO COPELLO, 2002a: p. 1399; ídem, 2002b: pp. 71 ss.; ídem, 2004: p. 982; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 309 ss.; CARMONA, 2005: p. 376; MUÑOZ LORENTE, 2006: p. 10.

Ahora bien, esto no conduce al desamparo de la información errónea, imprecisa o incierta [no implica que los hechos tengan que ser *verdaderos*, *vid.* SSTC 6/1988; 105/1990 (119)] (120). Este requisito queda satisfecho cuando hay una convicción adquirida fundamentadamente *ex ante* (121) (contrastada con datos objetivos) por el informador sobre la veracidad de la información (122) (*vid.* SSTC 6/1988; 107/1988; 105/1990).

Este factor de ponderación del uso de un derecho se puede integrar fácilmente en el ámbito penal desde este planteamiento: la falsedad es un elemento objetivo de la causa de justificación, ejercicio legítimo de un derecho (123). Son cuestiones relativas al alcance del derecho de información en su ponderación con el derecho honor los que exigen que una conducta que atenta contra el honor (en su vinculación con la libertad de acción y decisión) no sea antijurídica cuando es verdadera. Y es que existe un interés en proteger la distribución de información cierta sobre hechos noticiables (de relevancia pública), al ser ésta necesaria para la formación de una opinión pública. Defender una posición diferente, la que tutela el honor frente a hechos ciertos, tendría unos costes sociales muy elevados: generaría una limitación excesiva de la libertad de información en una sociedad que quiere ser democrática, libre y plural (124).

Respecto a tales conductas el límite debe situarse en el respeto de la intimidad (125) [supuestos en los que «*se responde por decir la verdad*», esto es, por revelar o divulgar públicamente hechos de la vida íntima de una persona (126)].

Sin embargo, la redacción actual del tipo sitúa esta exigencia en el plano de la tipicidad.

---

(119) Esta exigencia limitaría mortalmente la libertad de información: únicamente se podría informar sobre un hecho cuando se tenga una absoluta certeza sobre la verdad del mismo. *Vid.* CARMONA, 1991: pp. 167 s.; MARTÍN MORALES, 1994: p. 79; FERNÁNDEZ PALMA, 2001a: pp. 258 ss.; LAURENZO COPELLO, 2004: p. 969; QUINTERO/MORALES, 2005: p. 480; CARMONA, 2005, p. 375.

(120) *Vid.* CARMONA, 1991: pp. 165 s.; O'CALLAGHAN, 1991: p. 54; CARBONEL, 1995: p. 31.

(121) *Vid.* CARMONA, 1991: pp. 170 s.; FERNÁNDEZ PALMA 2001a: pp. 315 s.; LAURENZO COPELLO 2002a: p. 1390; ídem 2002b: pp. 74 y 77; ídem 2004: p. 984.

(122) *Vid.* CARMONA 1991: p. 165 s.; BERDUGO 1992: p. 348; MARTÍN MORALES 1994: p. 79 y ss.; SOTO NIETO 2002: 1889; LAURENZO COPELLO 2002a: 1389 s.

(123) *Vid.* BACIGALUPO 2000: p. 9.

(124) *Vid.* SALVADOR 1990: p. 242.

(125) Los límites son «los que tratan de bordear la zona o esfera de la intimidad, de la vida privada o íntima de las personas cuyo descubrimiento y divulgación no se puede llevara a cabo sin contar con su voluntad», SALVADOR 1990: p. 242.

(126) *Vid.* SALVADOR 1990: p. 309 y s.

Opino que la falsedad *ex ante* es un elemento del tipo objetivo del delito de injurias (para la imputación de hechos) (127) y de calumnias (128). (i) Sobre ello inciden de forma indirecta algunos artículos. Por ejemplo, el artículo 214 CP establece la imposición *obligatoria* de una pena rebajada en un grado, al tiempo que se deja de imponer la pena de inhabilitación del artículo 213 CP, cuando el acusado de injuria o calumnia reconozca la falsedad o falta de certeza de lo imputado y se retractara de ello. En este caso la referencia al conocimiento de la *falsedad* o *falta de certeza* determina que sólo las imputaciones falsas sean típicas (129). Mantener lo contrario nos llevaría a una solución paradójica: si fueran típicas las imputaciones de hechos, falsas y verdaderas, nos encontraríamos con que esta rebaja de la pena no estaría prevista para la persona que ha imputado un hecho cierto, pues no podría retractarse de lo que es verdadero. (ii) El artículo 205 y el 208.3 CP establecen la exigencia de que se imputen los hechos con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. En el primer supuesto, este requisito condiciona la existencia de delito, en las injurias determina que sean graves y, por tanto, delictivas (pues si no lo fueran tendrían que sancionarse como falta). En ambos casos, la exigencia de la falsedad, como elemento objetivo típico, se deduce de las exigencias subjetivas de veracidad (130). Lo que sucede es que no estamos acostumbrados a pensar en ese sentido. La técnica normal de tipificación consiste en señalar los elementos objetivos del tipo. La parte subjetiva se construye a partir de estos elementos objetivos, de los que se exige que el sujeto tenga conocimiento y voluntad de realización. Sin embargo, estos requisitos subjetivos no aparecen explicitados en el tipo, salvo que se incluya algún elemento subjetivo específico. Ahora se hace al contrario: el tipo indica qué contenido debe tener el dolo (del delito de calumnias, del delito de injurias), al cual debe corresponder un referente objetivo. Por tanto, si sólo será sancionable la imputación de hechos con conocimiento de su falsedad es obvio que ese requisito subjetivo no se cumple cuando se conoce que lo imputado es verdadero.

---

(127) Vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN 1996: p. 123; LÓPEZ PEREGRÍN 2000: p. 210; RODRÍGUEZ MOURULLO 1997: p. 631; SALVADOR/CASTIÑEIRA 1997: pp. 92 ss.; FERNÁNDEZ PALMA 2001a: p. 227; MESTRE DELGADO 2001: p. 185; CARMONA 2005: 390.

(128) Vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN 1996: p. 121; RODRÍGUEZ MOURULLO 1997: p. 618; SALVADOR/CASTIÑEIRA 1997: pp. 80 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ 1998: p. 275; LÓPEZ PEREGRÍN 2000: p. 256; MESTRE DELGADO 2001: p. 190; MUÑOZ CONDE 2002: p. 284; SERRANO GONZÁLEZ 2005: p. 62; QUINTERO/MORALES 2005: p. 477; CARMONA 2005: pp. 379, 382; OTERO 2006: pp. 27 ss. Vid. SAP Barcelona ARP 2000/979; SAP Valencia ARP 2002/115; SAP Madrid 543/2004; SAP Almería 217/2004.

(129) Vid. SERRANO GONZÁLEZ 2005: p. 63.

(130) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO 1997: p. 618; SERRANO GONZÁLEZ 2005: pp. 62 s.

En sede de tipicidad, y desde el planteamiento defendido en este punto, la diferencia entre la imputación de hechos verdaderos y falsos sólo puede residir en que son formas de comisión distintas. El sujeto que trasmite hechos ciertos actúa intentado limitar la libertad del sujeto informando sobre acontecimientos reales; el que falsea los datos, en cambio, quiere conseguir este resultado creando una imagen distorsionada. De este modo se puede considerar que el tipo, de todas las formas de comisión posibles, ha elegido sancionar, aunque tengan igual contenido del injusto (131), sólo unas de ellas: aquéllas que imputan hechos falsos. Como ya he indicado se produce una redacción respetuosa con uno de los márgenes jurisprudencialmente marcados del ejercicio legítimo del derecho a la información, comunicación de información veraz, que es recibida en sede de tipicidad y no de antijuricidad. Posiblemente, el motivo del traslado a la tipicidad, se deba a que el legislador ha decidido incluir únicamente los ataques contra el honor que afectan negativamente a la opinión pública. El resto, por la utilidad social que poseen, han sido considerados un riesgo permitido (132) o una conducta socialmente adecuada (133); y es que, como ya he señalado, únicamente la comunicación de hechos verdaderos contribuye a la conformación de una opinión pública libre e informada. Este motivo no persiste, en cambio, cuando se transmiten hechos falsos. Más bien al contrario, la misma argumentación nos lleva a exigir su sanción, pues, podría conducir al error y a la deformación de dicha opinión pública (134).

Por último, también se podría haber indicado, sin necesidad de recoger siquiera la exigencia de falsedad en el tipo, que sólo se produce una lesión contra la reputación o autoestima (o una conducta únicamente es capaz de ello) cuando se imputen hechos ciertos, pues el objeto material del delito es la reputación/autoestima real, la aparente no existe como tal. Aunque la imputación de un hecho verdadero puede limitar la libertad, puede, según la concepción que se defienda, que no limite la reputación y autoestima o no sea capaz de ello. De este modo, si la imputación del hecho cierto no realiza el elemento típico no podrá ser un atentado contra la libertad penalmente relevante.

---

(131) De otra opinión LAURENZO COPELLO 2002b: pp. 94 s., p. 136.

(132) *Vid.* LÓPEZ PEREGRÍN 2000: pp. 123 s., pp. 239 s.; FERNÁNDEZ PALMA 2001a: p. 227; pp. 269 ss.

(133) *Vid.* MORALES PRATS 1988: especialmente pp. 684, 693 ss. Autor que no se limita a los supuestos de falta de veracidad (entendida como cumplimiento del deber de cuidado externo) sino que considera atípica cualquier agresión al honor cuando el ejercicio del derecho de libertad de expresión e información implique, de forma inequívoca e inmediata, la realización de los principios democráticos libertad y pluralismo.

(134) *Vid.* CARBONEL 1995: pp. 12 s.

E6: A afirma que B es un ladrón. B no ha cometido el robo, la conducta de A que representa una agresión contra el honor del sujeto al ser capaz de reducir los niveles de reconocimiento social y personal es típica porque es, al mismo tiempo, capaz de limitar la libertad de acción y decisión de ese sujeto.

E7: B ha cometido, efectivamente, el robo lo que ha producido una pérdida de reconocimiento social e, incluso, personal. A, aunque atenta contra el honor porque su conducta es capaz de dificultar la recuperación, o al menos la elevación, de los niveles de reconocimiento social y personal, no realiza una conducta típica cuando se considera que, al mismo tiempo, no es capaz de limitar la libertad de acción y decisión.

#### 4. CINCO CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA

1. Hay una definición históricamente constante, social y jurídicamente aceptada. Honor es igual a fama y autoestima (honorabilidad). Este aspecto se mantendrá de forma persistente en todas las definiciones de honor.

2. No es correcta la distinción entre planteamientos normativos y fácticos. (i) Todos son normativos pues son construcciones fundadas en determinados códigos valorativos que, además, han tenido, tienen y pueden tener un reconocimiento jurídico. (ii) Todas son fácticas por dos motivos: siempre que existe cualquier tipo de relación con la honorabilidad tendrá que haber, en alguna de las formas descritas, una conexión con datos de la realidad psicológica o sociológica; siempre que se requiere comprobar si el sujeto concreto analizado disponía de un honor tutelable en función del respeto de los códigos valorativos de referencia, será necesario efectuar una comprobación fáctica de tal hecho.

3. La problemática principal se concentra en el plano fáctico en (i) precisar la definición de reputación y autoestima, y en (ii) la necesidad de protección de ambos por la vía del honor. Se podría tutelar suficientemente el honor recogiendo exclusivamente a la reputación, mientras que la autoestima quedaría protegida por la vía de la «integridad moral». En el plano normativo en (i) determinar el sistema valorativo de referencia del honor: modelo preconstitucional; modelo constitucional; (ii) y, dentro de este último, establecer un modelo de relación con los diferentes códigos valorativos que admite.

4. El modelo preconstitucional se construye sobre un sistema valorativo que determina que no todos tendrán honor ni en la misma

medida: (i) se condiciona a la clase social, nivel profesional, etc. al que pertenezca el individuo concreto (por nacimiento o por haberla alcanzado); (ii) y/o al respeto del sistema de valores que da amparo a estas exclusiones. Contrario a la igualdad, al reconocimiento del derecho al honor a todos los ciudadanos, a los principios dignidad y pluralismo, resulta, por consiguiente, incompatible con la Constitución.

5. Como respuesta a esta situación surgen los modelos constitucionales. Dentro de los cuales se distinguen tres corrientes.

5.1 Democratización del honor a través de la conexión con la dignidad humana. Se protege el honor entendido como la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto, por su condición de persona, vulnerada mediante ataques contra su reputación y autoestima. Esa pretensión, inicialmente igual para todos los sujetos, se mantiene intacta siempre que el individuo, que actúa libremente en el desarrollo de su personalidad, mantenga los niveles de reconocimiento social e individual, esto es, se comporte conforme al código ético democráticamente dominante –*elemento dinámico*–. Si no fuera así, la extensión del objeto de tutela se irá reduciendo para cada persona, según su conducta afecte a su fama o propia estima, pero siempre quedando a salvo un mínimo –*elemento estático*–. Este planteamiento, que en la variante que distingue honor interno (autoestima-dignidad), honor externo (reputación-honor) es el mayoritariamente seguido por la jurisprudencia, se adapta perfectamente a la descripción típica de los delitos contra el honor. A simple vista, también tiene encaje constitucional. No obstante, no se debe perder de vista que establece una consecuencia jurídica (restricción/pérdida de la pretensión de respeto) no prevista legalmente, lo que puede implicar una infracción del principio de legalidad. Por último, la lógica de este enfoque conduce a que la dignidad, principio/valor superior del ordenamiento jurídico, se convierta en el auténtico objeto de tutela.

5.2 Se añade el principio/valor libre desarrollo de la personalidad. Interpretación de la honorabilidad desde una concepción respetuosa con la dignidad y el pluralismo. Se reconoce la existencia de una idéntica cantidad de honor (como atributo de la personalidad, propio de la dignidad de la persona) para todos los sujetos, que sigue constante independientemente de las opciones vitales adoptadas (libre desarrollo de la personalidad). Ahora bien, definiendo que la dignidad y desarrollo de la personalidad únicamente son las ratios de la tutela penal. El objeto de tutela sigue siendo la fama y autoestima. Su lesión solamente será sancionada, por medio de los delitos contra el honor, cuando la conducta del sujeto activo sea capaz de reducir la reputación o autoestima. Se ha fijado la relevancia penal en la tentativa de lesión



para evitar dejar desprotegidos precisamente a aquéllos individuos que no disfrutaban de reconocimiento, pero a los que el ataque dificulta las posibilidades de recuperación y de desarrollo personal libre. Este planteamiento se adapta perfectamente a la Constitución y a la redacción del CP.

5.3 Se añade una vinculación con la libertad de acción y decisión (derecho fundamental, bien jurídico penal). Partiendo del modelo indicado en el punto 5.2 se establece la libertad de decisión y acción como objeto principal de tutela. La honorabilidad se convierte en objeto material del tipo. Referencias típicas al modo de agresión penalmente relevante contra la libertad: determinan que, de todos los ataques posibles contra la libertad, el legislador sólo considera típicos los que se realicen mediante una agresión a dichos elementos. Por consiguiente, los delitos contra el honor recogen modos de actuar que son ataques genéricos contra la dignidad (como sucede en las agresiones contra cualquier bien jurídico) que afectan de forma concreta a la libertad de decisión y actuación, mediante agresiones a la reputación o autoestima.

6. Este último planteamiento es compatible con la Constitución pero no con el CP, que no recoge este requisito de afectación de la libertad. Por ello debe entenderse como una propuesta *lege ferenda*. Aunque tiene el inconveniente de que complicaría, en el plano dogmático, la estructura de estos delitos, por otro lado, presenta una importante ventaja. De este modo se reducirían los casos en los que el Derecho penal puede intervenir en la protección de un honor que considero que, en la actualidad, no exige, ni social ni personalmente, una protección reforzada (principio de intervención mínima), salvo en aquellas situaciones en las que su agresión limite la efectiva libertad de elección y acción vital. En el resto de los supuestos, la protección civil parece suficiente.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2000), *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2001), *Tentativa y formas de autoría*, Madrid.
- ALEXIS, R. (1997), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid.
- ALONSO ÁLAMO, M. (1983), «Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», en *ADPCP*, pp. 127 ss.
- (2001), «Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor», en Quintero Olivares/Morales Prats (coords.): *el Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, pp. 909 ss.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (1998), *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Valencia.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2000), *Delitos contra el honor*, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. [et al.] (2004), *Derecho Constitucional*, vol. II, reimpresión de la 2.<sup>a</sup> edición, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (1992), *El derecho fundamental al honor*, Madrid.
- BATISTA JIMÉNEZ, F. (2004), «La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español», en *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º. 11, pp. 3 ss.
- (2006), «La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones», en *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º. 14, pp. 3 y ss.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1984): «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *ADPCP*, pp. 305 ss.
- (1992), «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad», en *ADPCP*, pp. 339 y ss.
- BERNAL DEL CASTILLO (1996), «El delito de injurias», en *La Ley*, D-109, pp. 1436 y ss.
- BLANCO QUINTANA, María J. (2000), «El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1999-2000, pp. 49 ss.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1995), «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y criminológicos*, XVIII, pp. 9 ss.
- CARDENAL MURILLO, A.; GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. (1993), *Protección penal del honor*, Madrid.
- CARMONA SALGADO, C. (1990), «El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal», en *CPC*, n. 41, pp. 261 ss.
- (1991), *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid.
- (1991b), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991: conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor», en *CPCr*, núm. 47.
- (1995), «Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen», en *CPC*, núm. 56, pp. 405-428.
- (2005), «Delitos contra el honor», en Cobo del Rosal (coord.): *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, pp. 369 ss.
- (2008), «Medios de comunicación y derecho al honor: interrelaciones y límites recíprocos», en *Libro Homenaje al Prof. Gimbernat* (en prensa).
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (1990), «Protección penal del honor», en Salvador Coderch (dir.): *El mercado de las ideas*, Madrid, pp. 434 ss.
- (2006), «Delitos contra el honor», en Silva Sánchez (dir.); Ragués i Vallés (coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, pp. 145 ss.

- DREHER; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47.<sup>a</sup> edición, München, 1995.
- FERNÁNDEZ PALMA, R. (2001a), *El delito de injuria*, Elcano (Navarra).
- (2001b), «Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor», en Quintero Olivares/Morales Prats (coords.): *el Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, pp. 1317 y ss.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2006), «Formas de anticipación de la tutela penal», en *la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 8-8, pp. 1 ss., <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>,
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, P. (1984), «Protección penal del honor y la intimidad», en *Estudios Penales*, Barcelona, pp. 373 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, C. (2003), *Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia.
- GEPPERT, K. (1983), «Straftaten gegen die Ehre», en *Jura*, pp. 530 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1999), «Contra el delito de difamación», en *Ensayos Penales*, Madrid, pp. 71 ss.
- GÖSSEL, K-H. (2002), «La protección del honor en el Derecho penal alemán», en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 1299 ss.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (2005), *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Barcelona.
- HERRERO-TEJEDOR, F. (1990), *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid.
- JAKOBS, G. (1985), «La misión de la protección jurídico-penal del honor», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 423 ss.
- KINDHÄUSER, U. (2006), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.<sup>a</sup> edición.
- KÜPPER, G. (1985), «Grundprobleme der Beleidigungsdelikte», en *Jura*, pp. 453 ss.
- LAURENZO COPELLO, P. (2002a), «Los especiales elementos subjetivos de los delitos contra el honor», en Díez Ripollés (Coord.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 1389 ss.
- (2002b), *Los delitos contra el honor*, Valencia.
- (2004), «Delitos contra el honor», en Díez Ripollés; Romeo Casabona (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Valencia, pp. 933 ss.
- LÓPEZ GARRIDO; GARCÍA ARÁN (1996), *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2000), *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Valencia.
- MARTÍN MORALES, R. (1994), *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada.
- MATA Y MARTÍN, R. M. (1997), *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada.

- MAURACH; SCHROEDER; MAIWALD (2003), *Strafrecht. Besonderer Teil*, v. I., Heidelberg.
- MESTRE DELGADO, E. (2001), «Delitos contra el honor», en Lamarca Pérez (coord.): *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, pp. 179 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (1998), «Delitos contra el honor», en *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, v. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 256 ss.
- MORALES PRATS, F. (1988), «Adecuación social y tutela penal del honor», en *CPC*, núm. 36, pp. 663 ss.
- MORETÓN TOQUERO, M. A. (2001), *Delitos contra el honor: la injuria*, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2002), «Delitos contra el honor», en *Derecho penal, Parte Especial*, 14.<sup>a</sup> edición, Valencia, pp. 271 ss.
- MUÑOZ LORENTE, J. (1999), «Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)», en *Jueces para la democracia*, núm. 35, pp. 31 ss.
- (2006), «Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción», en *Ley Penal*, núm. 28, junio, pp. 5 ss.
- NAVARRO DOLMESTCH, R. (2002), «Propuesta para una construcción ‘jurídica’ del honor como método de reducción de las hipótesis de conflicto con la libertad de comunicación», en *Ius et Praxis (on line)*, vol. 8, núm. 2, [cited 10 December 2007], pp. 1 ss. (citado según impresión del documento electrónico), [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200008&lng=en&nrm=iso)
- NAVARRO MORENO; FUENTES OSORIO (2007), «Delitos contra el honor», en Zugaldía; Marín de Espinosa (dir.): *Derecho penal. Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos*, t. I, Valencia, pp. 383 ss.
- NESTLER, C. (2000), «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, pp. 63 ss.
- NINO, C. (1989), *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires.
- O’CALLAGHAN, X. (1991), *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2006), «La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor», en *Ley Penal*, n. 28, junio, pp. 23 ss.
- PANTALEÓN, F. (1996), «La Constitución, el honor y unos abrigos», en *La Ley*, D-162, pp. 1689 ss.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (2002), *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (1999), «Las calumnias y el temerario desprecio hacia la verdad», en *CPC*, núm. 67, pp. 83 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1990), «La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones», en

- Revistas del Poder Judicial (número especial: Libertad de expresión y medios de comunicación)*, núm. 13, pp. 65 ss.
- (1996), «Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995», en *Estudios de Derecho judicial (ejemplar dedicado a los Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, núm. 2, pp. 149 ss.
- (1999), «Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial», en *PJ*, núm. 17, pp. 335 ss.
- QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS (2005), «Delitos contra el honor», en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.<sup>a</sup> edición, Elcano, pp. 467 ss.
- REBOLLO VARGAS, R. (2004), «Delitos contra el honor», en Córdoba Roda/García Arán (dir.): *Comentarios al Código Penal, parte especial*, t. I, Madrid, Barcelona, pp. 499 ss.
- RENGIER, R. (2000), *Strafrecht. Besonderer Teil*, v. II, 3.<sup>a</sup> edición, München.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1997), «Delitos contra el honor», en Rodríguez Mourullo (dir.)/Barreiro (coord.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, pp. 609 ss.
- SALVADOR CODERCH, P. (1990), «El concepto de difamación en sentido estricto», en Salvador Coderch (dir.): *El mercado de las ideas*, Madrid, pp. 137 ss.
- SALVADOR CODERCH; CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar*, Madrid.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (1994), «Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias», en *ADPCP*, pp. 141 ss.
- SANTANA VEGA, D. M. (2000), *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURRILLO, J. L. (2005), «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el honor en el Código Penal vigente», en *Revista de Derecho Penal y Procesal*, núm. 14, pp. 61 ss.
- SOLA RECHE, E. (1996), *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, Granada.
- SOTO NIETO, F. (2002), «Libertad de expresión y de información. Delimitación y caracteres», en *La Ley*, D-116, pp. 1887 ss.
- TASENDE CALVO (1996): «La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995», *PJ*, núm. 43-44, pp. 139 ss.
- WESSELS; HETTINGER (2004), *Strafrecht. Besonderer Teil*, v. I, 28.<sup>a</sup> edición, Heidelberg.
- VIVES ANTÓN, T. S. (1996), «Delitos contra el honor», en Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I, Valencia, pp. 1023 ss.
- (2004), «Delitos contra el honor», en *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, pp. 341 ss.

## 6. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

### **Tribunal Constitucional**

- STC núm. 6/1988 (Sala Primera), de 21 de enero. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.
- STC núm. 107/1988 (Sala Primera), de 8 de junio. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.
- STC núm. 105/1990 (Sala Primera), de 6 de junio. Ponente: Luis López Guerra.
- STC núm. 214/1991 (Sala Primera), de 11 de noviembre. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.
- STC núm. 223/1992 (Sala Primera), de 14 de diciembre. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende.
- STC núm. 57/1994 (Sala Segunda), de 28 de febrero. Ponente: Julio Diego González Campos.
- STC núm. 337/1994 (Pleno), de 23 de diciembre. Ponente: Julio Diego González Campos.
- STC núm. 139/1995 (Sala Primera), de 26 de septiembre. Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
- STC núm. 176/1995 (Sala Segunda), de 11 de diciembre. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende.
- STC núm. 116/1999 (Pleno), de 17 de junio. Ponente: Pablo García Manzano.
- STC núm. 140/1999 (Sala Segunda), de 22 de julio. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.
- STC núm. 180/1999 (Sala Segunda), de 11 de octubre. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.
- STC núm. 91/2000 (Pleno), de 30 de marzo. Ponente: Tomás S. Vives Antón.
- STC núm. 112/2000 (Sala Primera), de 5 de mayo. Ponente: Pablo Manuel Cachón Villar.
- STC núm. 49/2001 (Sala Segunda), de 26 de febrero. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.
- STC núm. 232/2002 (Sala Segunda), de 9 de diciembre. Ponente: Eugeni Gay Montalvo.
- STC núm. 14/2003 (Sala Segunda), de 28 de enero. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas.
- STC núm. 212/2005 (Pleno), de 21 de julio. Ponente: Manuel Aragón Reyes.

### **Tribunal Supremo**

- STS núm. 1818/1993 (Sala de lo Penal), de 14 de julio. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.
- STS núm. 1284/2005 de 31 de de octubre (Sala de lo Penal). Ponente: Carlos Granados Pérez.

## **Audiencias Provinciales**

### **Almería**

SAP núm. 217/2004 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 17 de noviembre. Ponente: Manuel Espinosa Labella.

### **Asturias**

SAP núm. 283/2000 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 22 de junio. Ponente: Covadonga Vázquez Llorens.

### **Badajoz**

AAP núm. 80/2006 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 28 de abril. Ponente: Marina Muñoz Acero.

### **Barcelona**

SAP (Sección 10.<sup>a</sup>), de 11 de mayo de 2000, recurso de Apelación núm. 347/1999 (ARP 2000/979). Ponente: José María Planchat Teruel.

SAP núm. 693/2004 (Sección 7.<sup>a</sup>), de 6 de julio. Ponente: María Carmen Zabalegui Muñoz.

SAP núm. 30/2005 (Sección 9.<sup>a</sup>), de 10 de enero. Ponente: Jordi Palomer i Bou.

### **Cádiz**

SAP núm. 115/2002 (Sección 7.<sup>a</sup>), de 8 de octubre. Ponente: Juan Javier Pérez Pérez.

### **Castellón**

SAP núm. 55-A/2001 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 25 de febrero. Ponente: María Ibáñez Solaz.

AAP núm. 92-A/2002 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 21 de marzo. Ponente: María Ibáñez Solaz.

### **Islas Baleares**

SAP núm. 274/1998 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 31 de diciembre. Ponente: Margarita Beltrán Mairata.

### **Madrid**

SAP núm. 115/2000 (Sección 6.<sup>a</sup>), de 17 de marzo. Ponente: Francisco Jesús Serrano Gassent.

SAP núm. 664/2002 (Sección 16.<sup>a</sup>), de 23 de septiembre. Ponente: Victoria Calle Rodríguez.

SAP núm. 995/2002 (Sección 17.<sup>a</sup>), de 28 de octubre. Ponente: Jesús Fernández Entralgo.

SAP núm. 364/2004 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 3 de septiembre. Ponente: Araceli Perdices López.

SAP núm. 543/2004 (Sección 17.<sup>a</sup>), de 7 de junio. Ponente: Jesús Fernández Entralgo.

AAP Núm. 704/2004 (Sección 17.<sup>a</sup>), de 7 de julio. Ponente: Jesús Fernández Entralgo.

### **Navarra**

SAP núm. 104/2000 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 6 de junio. Ponente: Fermín Zubiri Oteiza.

SAP núm. 12/2004 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 19 de enero. Ponente: Fermín Zubiri Oteiza.



SAP núm. 84/2004 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 12 de mayo. Ponente: Francisco José Goyena Salgado.

**Ourense**

SAP núm. 99/2004 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de noviembre. Ponente: Ana María del Carmen Blanco Arce.

**Soria**

SAP núm. 25/2003 (Sección Única), de 3 de mayo. Ponente: José Miguel García Moreno.

**Valencia**

SAP Valencia (Sección 5.<sup>a</sup>), de 18 de diciembre de 2001. Recurso de Apelación núm. 1218/2001 (ARP 2002\115). Ponente: Isabel Sifres Solanes.

**Zamora**

SAP núm. 49/2004 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 14 de julio. Ponente: María Carmen Pazos Moncada.

AAP núm. 25/2007 (Sección 1.<sup>a</sup>), de 2 de marzo. Ponente: Luis Brualla Santos-Funcia.

**Zaragoza**

SAP núm. 8/2007 (Sección 3.<sup>a</sup>), de 30 de enero. Ponente: Begoña Guardo Laso.

Error de tipo, criminalidad económica  
y delito de lavado de activos de origen delictivo:  
su tratamiento en la dogmática penal argentina

JOSÉ DANIEL CESANO (1)

I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LA TEORÍA DEL  
ERROR COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD EN LA  
CRIMINALIDAD ECONÓMICA

En la actualidad se admite, pacíficamente, que si existe un ámbito del Derecho penal en donde la teoría del error asume un rol importante en el análisis dogmático, ese campo es el de la criminalidad económica (2).

¿Cómo se entiende esta afirmación?

Una respuesta plausible podría ser la siguiente: la estructuración legislativa de figuras delictivas, propias de la criminalidad económica, se caracteriza por la devaluación de categorías esenciales; que consti-

---

(1) Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de postgrado en las Universidades Nacionales de Córdoba (Especialización en Derecho penal y Derecho de los negocios), Mendoza (Diplomado en Derecho procesal penal) y La Rioja (Diplomado en Ciencias penales). Profesor de postgrado en las Especializaciones en Derecho penal económico en las Universidades Blas Pascal y Siglo 21 (Córdoba). Codirector de la revista de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales «Ley, razón y Justicia». Miembro del Comité Científico de «L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità», Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze. Miembro del Consejo Consultivo del *International Center of Economic Penal Studies* (Nueva York). Dirección electrónica: cesano@ciudad.com.ar.

(2) Cfr. ROMERA, Óscar E., «Revista de Derecho penal y procesal penal», *Los cometidos del Derecho penal económico y sus núcleos problemáticos*, núm. 1, 2004, Ed. LexisNexis, Bs. As., p. 197.

tuyen presupuestos tradicionales en el Derecho penal nuclear (3). Tal el caso, por ejemplo, de la tipicidad; en lo que atañe a la exigencia de precisión en la descripción típica (4). Este déficit –que, de acuerdo a su magnitud (5), puede llegar a tensionar el mandato de *lex certa* (6)– no es casual. Por el contrario, un factor decisivo que lo explica está dado por la proliferación de elementos normativos y normas de reenvío (7) (leyes penales en blanco que deben ser completadas por otras leyes o aun –y más allá de su inconstitucionalidad– decretos de la administración) (8).

---

(3) Refiere Fabián I. Balcarce que, por Derecho penal nuclear (convencional o central) se entiende a «un conjunto mínimo de reglas jurídicas represivas, provenientes del Estado liberal (...), sancionatorias de conductas insoportables por atacar aquellos bienes jurídicos vinculados directamente con la persona física, esto es la vida, la integridad física y mental, el honor, la libertad, la integridad sexual, la propiedad, etc.» (cfr. *Introducción a la parte especial del Derecho penal nuclear. Su vinculación con la parte general*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 14).

(4) Cfr. VIRGOLINI, Julio E. S., *Estudio preliminar* al libro de SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, p. 41.

(5) Mariano H. Silvestroni refiere que, esta falta de precisión es susceptible de «grados». Precisamente, manifiesta el autor, «es tarea de la dogmática establecer el grado de apertura típica constitucionalmente admisible, (la) que debe limitarse a la estricta necesidad derivada de la naturaleza de la descripción y de la materia sobre la que versa» (cfr. *Teoría constitucional del delito*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2004, pp. 142-143).

(6) Insita en la garantía de legalidad. Al respecto, cfr. TOZZINI, Carlos A., «El principio de legalidad», en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Libro homenaje a Manuel de Rívacoba y Rívacoba*, Hammurabi, Bs. As., 2004, pp. 260-266.

(7) De esta opinión, PREZA RESTUCCIA, Dardo, ADRIASOLA, Gabriel y GALAIN, Pablo, *Delitos económicos*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 123.

(8) De hecho, esta delegación resulta una práctica bastante frecuente en la experiencia legislativa comparada. Así, con relación a Italia, ha expresado Francesco Palazzo: «La experiencia (...) de las últimas décadas confirma de manera evidente el fenómeno del desplazamiento de la facultad de normar las cuestiones penales hacia el Poder Ejecutivo. En primer lugar, siempre son más numerosas las llamadas normas en blanco, en las cuales el precepto penal es integrado, completado o incluso determinado por actos normativos del Poder Ejecutivo de rango subordinado a la ley parlamentaria (llamadas fuentes secundarias)» (cfr. *Estado Constitucional de Derecho y Derecho penal*, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 156). Para un análisis crítico de estos desbordes, cfr. MUSCO, Enzo, *El nuevo Derecho penal económico. Entre poder legislativo y poder ejecutivo*, en Juan María Terradillos Basoco-María Acale Sánchez (coordinadores), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 169-182. Asimismo, y en igual sintonía, en la doctrina francesa, cfr. GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1994, p. 25; quien pone a cargo del Poder Judicial, el control de la prudencia del Poder Ejecutivo en cuanto concierne a la forma en que desarrolla las técnicas de reenvío.

Evidentemente, cuando las figuras delictivas abusan de estos elementos normativos, se abre paso a una enorme cuota de discrecionalidad, «porque, en tales, casos queda en manos del juez la tarea de cerrar el tipo mediante la interpretación de tales elementos, lo que impide determinar de antemano el alcance preciso del tipo penal con el consiguiente menoscabo de los principios de estricta legalidad, certeza y culpabilidad» (9).

Es por esto, justamente, que cierta doctrina –frente a la constatación abusiva de técnicas de tipificación abiertas en el terreno de la criminalidad económica– viene sosteniendo la necesidad de ampliar –respecto a ella– el ámbito de la teoría del error (10). Tal solución compensatoria es calificada de positiva; desde que, esa mayor imprecisión del tipo conlleva una menor posibilidad de comunicar cuáles son las conductas prohibidas o, en su caso, exigidas (11).

Con todo, no existe acuerdo entre los autores respecto a si, tal ampliación de la teoría del error (en dicho ámbito) debe reconducirse a un análisis dogmático vinculado con el error de prohibición (12) o bajo la forma de un error de tipo (13).

En la presente contribución intentaremos discutir esta cuestión a partir de una figura delictiva concreta; dotada de elementos de carácter normativo. Concretamente nos referiremos al tipo básico del lavado de activos de origen delictivo (art. 278, inciso 1.º, letra «a», CP); incorporado al sistema del Código Penal argentino por la Ley 25.246 (14).

## II. EL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

### 1. Blanqueo de capitales y criminalidad económica

Pese a que, por su ubicación sistemática, el delito de blanqueo de capitales afecta, como bien jurídico preponderante, la administración

---

(9) Cfr. SILVESTRONI, *Teoría (...)*, ob. cit., p. 212. De igual opinión, ADRIASOLA, Gabriel, «Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal», en *El penalista liberal (...)*, ob. cit., p. 1067: «La extendida creencia de que en esta materia (penal económica) es absolutamente necesario recurrir a tipos excesivamente abiertos y a normas penales en blanco ensancha aún más la discrecionalidad judicial (...)».

(10) Tal es, en la doctrina germana, el parecer de Naucke; según lo refiere Enrique Bacigalupo en su obra *Principios constitucionales de Derecho penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 66.

(11) Así, BACIGALUPO, *Principios (...)*, ob. cit., p. 66.

(12) Tal cual lo postulara Naucke.

(13) Insinúa la discusión, SILVESTRONI, *Teoría (...)*, ob. cit., p. 226.

(14) La Ley 26.087 no introdujo ninguna modificación en la estructura básica del inciso 1.º, letra «a», del artículo 278.

pública (recuérdese que el legislador lo incluyó en el título XI, del libro II), en nuestra opinión, no puede negarse su carácter pluriofensivo (o de ofensa compleja) (15). Ello es así pues, esta forma de criminalidad, en la realidad, menoscaba, simultáneamente, amén de aquel bien, otros intereses socialmente valiosos: la transparencia del sistema financiero o la legitimidad misma de la actividad económica (16).

Esta mengua en la legitimidad de aquella actividad se puede apreciar con sólo advertir que, el blanqueo de activos, constituye un proceso merced al cual «el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita» (17). Se trata de un auténtico reciclaje de bienes que debe visualizarse como un proceso complejo integrado, al menos, con tres fases estratégicas sucesivas: *a*) ocultación, *b*) control y cobertura, y *c*) integración o blanqueo propiamente dicho (18). En palabras de Cervini: «(...) con independencia de que la reconversión de capitales se verifique mediante la puesta en práctica de una sucesión de operaciones puntuales –cambio de divisas, transferencias bancarias, adquisición de títulos o de inmuebles, constitución de sociedades, etc.– no parece que la última meta perseguida –la plena limpieza de esa riqueza– se obtenga de una forma instantánea o inmediata, sino en virtud de un progresivo “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así con-

---

(15) Ricardo C. Núñez explicaba que, las figuras delictivas pueden clasificarse en tipos de ofensa simple y de ofensa compleja. «Al tipo de ofensa compleja le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien jurídico que el legislador considera prevaeciente» (cfr. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 145).

(16) Sobre el problema del bien jurídico puede consultarse la sistematización que se realiza en Andrés José D'Alessio (Director)-Mauro A. Divito (coordinador), *Código penal. Comentado y anotado. Parte especial*, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p. 926. Califican a este delito como un tipo pluriofensivo, MORALES DEGANUT, Carolina y FISZER, Fernando I., *Lavado de activos. Ley núm. 25.246. La problemática en el Derecho penal argentino y en el Derecho comparado*, en Zulita Fellini (Directora), *Temas de Derecho penal económico y responsabilidad de las personas jurídicas*, tomo II, Ed. Grün, Bs. As., 2004, pp. 23-25.

(17) Tal el concepto vertido por Gómez Iniasta, que reproduce CERVINI, Raúl A., «Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas», en *International Center of Economic Penal Studies (Serie Documentos I.C.E.P.S América Latina)*, *Lavado de activos y secreto profesional*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002, p. 17.

(18) Cfr. CERVINI, *Lavado de activos (...)*, ob. cit., p. 11.

seguir que parezcan legítimos”. Indudablemente, cada una de esas operaciones tenderá a facilitar la regulación perseguida, pero será preciso efectuar una serie de ellas hasta conseguir el nivel de blancura deseado: el suficiente grado de ocultamiento del origen de tales ingresos para poderlos reintegrar en los cauces económicos regulares sin levantar sospechas o, al menos, sin que el origen ilícito de los mismos pueda ser demostrado» (19).

La complejidad de estos mecanismos descriptos, indudablemente, tuvieron un reflejo en la construcción legislativa de la figura delictiva; *circunstancia que se observa por la inclusión de elementos normativos en la estructuración del tipo objetivo.*

## 2. La estructura típica del blanqueo de capitales (art. 278, inciso 1, letra «a» del Código Penal)

### A) EL TIPO OBJETIVO

Sabido es que, los elementos típicos conforman la estructura de la figura delictiva «y contribuyen a concretar técnicamente la función de garantía» que compete al principio de tipicidad (20). A los efectos de su análisis, en la actualidad, existe consenso en que, metodológicamente, aquellos elementos deben aglutinarse en dos fases: objetiva y subjetiva.

Dentro de la faz objetiva –que, como enseguida veremos, se nutre a su vez de componentes descriptivos y, en ocasiones, valorativos– se distingue entre: *a)* la acción, *b)* el objeto material, y, tratándose de delitos de resultado, *c)* el nexo causal y de imputación.

Sin perjuicio de reconocer la existencia, en la bibliografía extranjera más reciente, de valiosas investigaciones dogmáticas vinculadas con los problemas de imputación que genera esta forma de criminalidad (21), dado el propósito acotado de este trabajo (ver acápite I), sólo nos detendremos aquí –y con carácter propedéutico para enmarcar el

---

(19) Cfr. CERVINI, *Lavado de activos (...)*, ob. cit., pp. 12-13.

(20) Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, tomo II, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 46.

(21) Así, en la doctrina colombiana, cfr. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, «El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia», estudio introductorio al libro de CALLEGARI, André Luis, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 15-54. Asimismo, y aunque con una perspectiva más general, resulta, también, de gran provecho, el trabajo de GARCÍA CAVERO, Percy, «La imputación objetiva en el Derecho penal económico, Derecho penal contemporáneo», núm. 6, Ed. Legis, Bogotá, 2004, pp. 153-176.

interés central que perseguimos— en el análisis de los dos primeros conceptos enunciados (acción constitutiva y objeto material del delito de lavado de activos).

#### A.1) *Acciones constitutivas del delito*

El artículo 278, inciso 1.º, letra «a», del Código Penal, hace referencia a distintas acciones típicas; a saber: convertir, transferir, administrar, vender, gravar y aplicar «de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito».

De esta manera, pareciera que el legislador apeló a una técnica de tipificación caracterizada por una enumeración de verbos típicos meramente ejemplificativa. Ello así por cuanto, las cinco primeras acciones que se enuncian, son especies del género «aplicar» (22). Por eso, se ha dicho —a nuestro juicio correctamente—, que la figura analizada constituye «un tipo penal abierto mediante el cual se busca abarcar todas las modalidades de comisiones posibles» (23).

En cuanto al significado de las expresiones verbales concretas, hay consenso respecto que:

a) Convierte quien transforma, cambia, muda una cosa. La acción «supone el cambio de un bien obtenido de la comisión de un delito por otro de naturaleza distinta» (24).

b) Transfiere quien cede un bien a un tercero a cualquier título. La transferencia de la cosa «comprende tanto su transmisión a terceras personas como su traslado de un lugar a otro» (25).

---

(22) Comulgan con esta opinión RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico y GERMÁN BERMEJO, Mateo, *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 91. Del mismo criterio, J. D'ALBORA, Francisco (h.), *Lavado de dinero*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 25. Tal hermenéutica se ve ratificada a partir del canon interpretativo genérico. En efecto, en el dictamen de mayoría elaborado en la Cámara de Diputados de la Nación, se expresa que: «(...) para la descripción de la conducta prohibida por la norma, se ha apelado a un criterio que combina el empleo de algunos verbos característicos, con una fórmula residual, que intenta dar un concepto general de en qué consiste el hecho del “lavado de dinero o bienes”. Se trata, pues, de un procedimiento similar al de la descripción legal del delito de estafa, ya que el artículo 172, Código Penal, contiene también una serie de modalidades de la acción de defraudar (“con nombre supuesto”, “calidad simulada”, “falsos títulos”, etc.), para cerrar la descripción con una definición genérica: “... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”» (cfr. *Antecedentes parlamentarios*, tomo 2000/B, Ed. La Ley, p. 1677).

(23) Así, D'ALESSIO-DIVITO, *Código penal (...)*, ob. cit., p. 927.

(24) Cfr. BUOMPADRE, Jorge E., «Lavado de dinero», en Daniel Pablo Carrera y Humberto Vázquez (Directores), *Derecho penal de los negocios*, Ed. Astrea, Bs. As., 2004, p. 277.

(25) Cfr. BUOMPADRE, «Lavado (...)», ob. cit., p. 278.



c) Administra quien tiene el gobierno y la dirección del dinero o de los bienes obtenidos ilícitamente. El giro lingüístico, en este caso, «abarca tanto el cuidado como el manejo de estos objetos (26).

d) Vende quien transmite a otro un bien a título oneroso (27).

e) Grava el bien quien constituye sobre él un derecho real de garantía (por ejemplo, prenda o hipoteca) (28).

f) Por fin, la expresión «aplicar de cualquier modo» las cosas o bienes provenientes del delito, está orientada a cualquier acto de disposición (no captado por los verbos anteriores) sobre los bienes provenientes del delito (29).

Coincidimos con Barral en cuanto a que, el tipo objetivo, se integra, además, con un determinado efecto: la consecuencia posible de que los bienes originarios o subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito.

¿Qué significa esta expresión?

Significa que, para que las acciones constitutivas puedan considerarse típicas, deberá demostrarse, por un lado, la idoneidad de ellas para producir la posibilidad de que los bienes adquieran una nueva apariencia y, por otro, que dicha apariencia tenga aptitud bastante para disimular la procedencia ilícita de los bienes que se reciclan; con la consiguiente creación de una situación de peligro concreto respecto del bien jurídico que se tutela (30).

## A.2) *Objetos materiales de la acción*

El objeto material del tipo en examen lo constituye el dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que *no* hubiere participado el autor del blanqueo. En rigor, la referencia al dinero resulta redundante; dado que éste queda comprendido en la categoría, más general, de bienes.

Por bienes, se entenderá cualquier beneficio que tenga significación económica, sea dinero, cosas (muebles o inmuebles) o derechos; los que, además, deberán estar en el comercio; de manera que sean susceptibles de que alguien los convierta, transfiera, administre, venda, grave o aplique de cualquier modo, de forma que puedan adquirir la apariencia de un origen lícito (31).

---

(26) Cfr. BUOMPADRE, «Lavado (...)», ob. cit., p. 278.

(27) Cfr. D'ALESSIO-DIVITO, *Código Penal (...)*, ob. cit., p. 927.

(28) Cfr. D'ALESSIO-DIVITO, *Código Penal (...)*, ob. cit., p. 927. De la misma opinión, BUOMPADRE, «Lavado (...)», ob. cit., p. 278.

(29) Cfr. BARRAL, Jorge E., *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 194.

(30) Así, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., pp. 196 y 198.

(31) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 177.

No obstante la notable amplitud del objeto material, la lectura del precepto permite apreciar que se ha establecido un límite cuantitativo (32): el delito se configurará siempre que se verifique que el valor de los bienes con apariencia de origen lícito supere el *quantum* de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Precisamente, sobre este aspecto, se ha generado un interesante debate –con incidencia sobre el tema del presente trabajo– respecto a la naturaleza jurídica que ostenta dicho límite. En tal sentido, dos son las posturas prevalecientes: hay quienes sostienen que se trata de una condición objetiva de punibilidad (a); en tanto que, otros, lo califican como un elemento objetivo del tipo (b) que, como tal, deberá ser abarcado por el dolo.

Por nuestra parte, consideramos que la referida limitación constituye una condición objetiva de punibilidad. No se nos escapa, ciertamente, la ardua discusión existente en derredor de la ubicación dogmática de tal concepto (33). Sin embargo, compartimos la opinión de Vives Antón y Cobo del Rosal en cuanto a que, estas condiciones «no desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa, con independencia que concurren o no. Repercuten tan sólo sobre la penalidad, en base a consideraciones político criminales, de naturaleza material. Y no hacen desaparecer ni la tipicidad, pues ésta ya ha sido afirmada, ni tampoco la obligada y abstracta referencia conceptual a la pena (punibilidad), sino que condicionan, únicamente, la punición, esto es, la fase aplicativa de concreción de la punibilidad. En síntesis, de su afirmación se hace depender la concreta aplicación de la pena» (34, 35).

---

(32) En el ámbito de la criminalidad económica, estas limitaciones cuantitativas (y la discusión sobre su naturaleza) son bastante frecuentes. En tal sentido, y a sólo título ilustrativo, repárese en los artículos 1 y 2 de la Ley 24.769 (ley penal tributaria). Sobre este tema, cfr. el exhaustivo trabajo de GARCÍA BERRO, Diego, «La naturaleza jurídica de los montos de la Ley 24.769», en AA.VV., *Derecho penal tributario. Cuestiones críticas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, pp. 159-225.

(33) Al respecto, resulta ilustrativa la opinión de Delitala, que reproducen M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón: «(...) “en ningún tema de nuestra disciplina reina, probablemente, tanta confusión”. En realidad, todo es discutido acerca de ellas: desde su misma existencia, hasta su función, situación sistemática y posible distinción con otros conceptos penales y procesales» (cfr. *Derecho penal. Parte general*, 3.ª edición, corregida y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 330).

(34) Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal (...)*, ob. cit., pp. 330-331. En la literatura jurídica alemana, es prevaleciente la opinión de que, las condiciones objetivas de punibilidad, no integran el tipo. Así, REINHART MAURACH y HEINZ ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, tomo 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1994, p. 372: «Las

Es una exigencia del objeto material de la figura de blanqueo de capitales que los bienes provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un delito por parte de otra u otras personas. El «vínculo entre el bien que se pretende legitimar y el delito previo es esencial para la configuración del lavado» (36).

---

condiciones objetivas de punibilidad son aquellos elementos del delito situados fuera del tipo, cuya presencia constituye un presupuesto para que el actuar típico-antijurídico conlleve consecuencias penales». Del mismo criterio, Claus Roxin, quien, luego de reconocer la polémica respecto de este concepto, expresa que «sólo existe acuerdo sobre el punto de partida, a saber, que en todo caso tales elementos no pueden pertenecer al injusto o a la culpabilidad» (cfr. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 970). En la doctrina española, se muestran a favor de esta tesis, BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉ, *Lecciones (...)*, ob. cit., tomo II, p. 241 (quienes reconocen el mismo efecto entre las excusas absolutorias –que tienen un carácter negativo– y las condiciones objetivas de punibilidad –de carácter positivo– al resultar ambas un obstáculo para la imposición de la pena) y BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, 2.<sup>a</sup> edición, ampliada, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 229.

(35) Muy calificada doctrina –aun cuando en relación con los límites cuantitativos de la Ley 24.769– ha sostenido, partiendo de los principios de intervención mínima y fragmentariedad, una tesis adversa a la aquí sustentada. Así, refiere GARCÍA BERRO (*La naturaleza [...]*, ob. cit., p. 190), que: «Los montos de la Ley 24.769 también tienen directa relación con la operatividad de estos principios. En efecto, por tales montos se revela que la reacción penal fue considerada proporcional precisamente como consecuencia de la especial gravedad del ataque a la hacienda pública que ponía de manifiesto la producción de aquellos perjuicios específicamente descriptos (principios de proporcionalidad y de lesividad u ofensividad); que el legislador consideró necesaria y justificada la utilización del Derecho Penal, como último recurso, sólo en el supuesto de perjuicios de las magnitudes establecidas, para cuyo caso no consideró suficiente o eficaz las demás ramas del ordenamiento jurídico positivo (principios de subsidiariedad y última ratio), lo cual ameritaba que estas hipótesis integrasen la limitada gama de casos que interesan o tienen relevancia para el Derecho Penal (principios de intervención mínima y fragmentariedad)». De una tesis similar, BALCARCE, Fabián I. *Derecho penal económico. Parte general*, tomo 1, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pp. 139-140. Pese a la seriedad del argumento, en nuestro concepto, este razonamiento no enerva la conclusión a la que llegamos en el texto (en el sentido que, el límite cuantitativo constituye una condición objetiva de punibilidad). La razón de esto la podemos sintetizar de la siguiente manera: si, como se pretende, en virtud de los principios de mínima intervención y fragmentariedad, toda conducta que no supere los límites establecidos por el artículo analizado (cincuenta mil pesos), debe quedar al margen de los casos que interesan al Derecho penal, ¿cómo se justifica la punición autónoma, a título de delito, de aquellas acciones referidas a bienes inferiores a ese quantum? No debe olvidarse, en efecto, que el artículo 278, inciso 1.º, letra «c», castiga, como una forma de encubrimiento (art. 277, CP), todas aquellas hipótesis en las que, el valor de los bienes, no superase el monto indicado en la letra «a», del mismo inciso y artículo.

(36) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 179.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta exigencia?

En nuestro concepto, se trata de un elemento normativo del tipo objetivo (37); cuya verificación exige un proceso intelectual o valorativo (38).

Diversas cuestiones merecen analizarse respecto de esta exigencia típica:

a) En primer término, la clase de delitos previos. Desde una perspectiva iuscomparada, dos son los modelos más frecuentes: por un lado, está *el del catálogo o listado de delitos* y, por otro, el modelo consistente *en indicar todos los delitos en general* (39). El primero de ellos es el utilizado, por ejemplo, en la normativa uruguaya (40) y brasileña (41); el segundo, en cambio, es empleado, verbigracia, por la legislación española (42) y la nuestra. Bien es verdad que, como ya lo expusieramos, el legislador argentino, al redactar el tipo receptado por el artículo 278, inciso 1.º, letra «a», estableció un límite cuantitativo

---

(37) Comulga con esta opinión, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 222. En la doctrina extranjera, Isidoro Blanco Cordero (cfr. *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 222), luego de referir la escasez de opiniones doctrinales al respecto, señala que, un sector mayoritario de la literatura jurídica «imputa el carácter de elemento normativo del tipo al requisito del hecho previo».

(38) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones (...)*, ob. cit., tomo II, pp. 46-47.

(39) Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito (...)*, ob. cit., p. 225.

(40) En efecto, si bien, originariamente, en dicha legislación, se tenía por delito antecedente a los provenientes del tráfico de estupefacientes y otras formas de criminalidad conexas, la Ley 17.343 –a través de la inserción del artículo 81 a la Ley 17.016– aplica el tipo del blanqueo de capitales al que convierta o transfiera dinero u otros valores patrimoniales que provengan de las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a veinte mil dólares; tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos o medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos». Empero, debe advertirse que, en virtud de los artículos 197 y 350 bis del Código Penal, la legitimación de bienes provenientes de cualquier otro delito se castiga a título de encubrimiento o receptación. Al respecto, cfr. ADRIASOLA, Gabriel, «Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos», en YACOBUCCI, Guillermo J., *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2005, pp. 307-308.

(41) Así lo expresa Callegari, con relación a la Ley 9.613 (de 1998): «el legislador brasileño ha hecho una numeración cerrada de los crímenes que pueden dar origen a un delito de blanqueo a través de la mención específica de cada uno de ellos» (cfr. *El delito [...]*, ob. cit., p. 241).

(42) En efecto, luego de enumerar los dos sistemas, Blanco Cordero (cfr. *El delito [...]*, pp. 227-228) adscribe a la legislación española (Código Penal de 1995, art. 301) a este modelo.

(que los bienes objeto del blanqueo superen los cincuenta mil pesos). Tal circunstancia, empero, no torna singular a nuestro Código –desde la óptica del modelo adoptado– por cuanto, la ley, en definitiva, termina por incluir a todas las formas de criminalidad, sin especificar ninguna en particular (43).

b) Otro aspecto relevante está constituido por la circunstancia de que los bienes que se reciclan deben provenir de una conducta penalmente tipificada como delito, sea ya en el Código Penal o en una ley especial o complementaria. Quedan, por tanto, excluidos aquellos cuyo origen se vincula con una infracción penal administrativa o cualquier otro ilícito que no sea de naturaleza penal (44). Tal conclusión se deduce, dogmáticamente, de la ubicación sistemática que se le diera al blanqueo de activos en nuestro sistema legislativo. En efecto, si nuestro legislador (y más allá del carácter pluriofensivo que señaláramos) concibió a esta figura como un desprendimiento del encubrimiento (45), al admitirse, pacíficamente, que éste únicamente puede tener como presupuesto sólo delitos penales, quedan, entonces, descartadas otras formas de ilicitud (por ejemplo: penal administrativa) (46).

c) Finalmente, en cuanto a la relación entre el delito previo y el objeto material del blanqueo, a partir de cánones interpretativos lingüísticos y genéticos, parece indudable que, el Código comprende no sólo a los bienes directamente obtenidos a través del delito sino, también, a los bienes subrogantes; esto es, los sustitutos de aquellos que fuesen producto inmediato del ilícito antecedente (47).

## B) EL TIPO SUBJETIVO

Originariamente, la Ley 25.246, al ser sancionada por el Congreso, estructuró esta forma de criminalidad tanto bajo la modalidad dolosa como imprudente. Al momento de su promulgación, empero, el Poder Ejecutivo vetó esta última modalidad; argumentando que «la extrema complejidad que pueden asumir las diferentes operaciones que consti-

---

(43) Piensa que, la limitación cuantitativa, «singulariza» a nuestro sistema legal, BARRAL, *Legitimación (...)*, op. cit., p. 180. No creemos que esto sea así. Repárese que, en la doctrina española, por ejemplo, en donde, de acuerdo al Código vigente, se exige que el delito antecedente sea «grave», los autores siguen ubicando, a dicho texto, entre los que se corresponde con el segundo modelo.

(44) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 183.

(45) Así lo reconoce ADRIASOLA, *Estudio comparado (...)*, ob. cit., p. 321; quien refiere que el tipo del artículo 278 mantiene fidelidad a la figura madre (encubrimiento), «de la cual se desgajan todos estos tipos penales».

(46) Cfr. RODRÍGUEZ VILLAR-BERMEJO, *Prevención (...)*, ob. cit., p. 97.

(47) Así, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit. pp. 184-187.

tuyen la base de las conductas punibles, torna en extremo dificultosa la aplicación de un delito culposo, ya que tratándose de un tipo de los denominados “abiertos”, necesita de la determinación por parte del juez del preciso y concreto deber de cuidado objeto de violación, para poder afirmar la responsabilidad culposa» (48).

De esta manera, para que se configure el delito en examen se requiere, entonces, la presencia de dolo en el sujeto activo. En términos generales, el dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Refiere Barral, en opinión que compartimos, que este dolo debe abarcar dos aspectos distintos, aunque indisolublemente ligados: «uno hace al conocimiento del origen ilícito de los bienes sobre los que se opera (dolo en cuanto al objeto material); el otro acerca de la percepción que debe tener el autor acerca de las consecuencias posibles de su conducta y la voluntad de llevarla a cabo (dolo en relación a la acción típica)» (49). A ambos aspectos nos referiremos seguidamente:

a) En cuanto al primero de ellos, será necesario que el autor conozca la procedencia delictiva de los bienes objeto de reciclaje. Este requisito (conocimiento de la existencia del delito antecedente del cual derivan los bienes) abraza, por consiguiente, el elemento normativo del tipo (50).

Tres cuestiones de relevancia se vinculan con este aspecto:

a.1) Una de ellas alude al grado de conocimiento exigible para considerar configurado el requisito. En este punto, la doctrina nacional se muestra discrepante: hay quienes dicen que será suficiente el dolo eventual (51) y, otros, que sólo admiten el dolo directo (52).

Los sostenedores de esta última tesis (incompatibilidad con el dolo eventual), parten de que –en su concepto– la figura receptada en el

(48) Cfr. Decreto núm. 370/2000, en *Antecedentes parlamentarios*, ob. cit., p. 1653. En nuestra doctrina, Edgardo A. Donna, ha calificado como correcto este veto parcial. Al respecto, cfr. su *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, Rubizal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 541.

(49) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 215.

(50) Así BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 217: «el agente debe conocer – en el sentido de la comprensión ordinaria de una persona media– que el dinero u otra clase de bienes que convierte, transfiere, administra, vende, grava o aplica de cualquier modo, resultan provenientes de un delito (elemento normativo del tipo)».

(51) Así: BARRAL, *Legitimación*, ob. cit., p. 217, y RODRÍGUEZ VILLAR-BERMEJO, «Prevención (...)», ob. cit., p. 110.

(52) Tal es el criterio, por ejemplo, de DONNA, *Derecho penal (...)*, ob. cit., p. 541, y BUOMPADRE, *Lavado (...)*, ob. cit., p. 287.

artículo 278 (inciso 1.º, letra «a»), requiere para su configuración de un elemento subjetivo de singular trascendencia, que lo convierte en un tipo «que reclama no sólo el conocimiento del autor de que los bienes tienen un origen delictivo y la voluntad de realizar la conducta típica, sino que tales comportamientos deben estar guiados por una finalidad específica: que el dinero o los bienes adquieran una apariencia de legalidad» (53).

Ahora bien, evidentemente, si tal elemento subjetivo existiese, su consecuencia dogmática no sería otra que excluir –desde el punto de vista de la imputación subjetiva– la compatibilidad con el dolo eventual. La razón de esto es clara: la presencia de estos especiales elementos subjetivos, especializan el dolo; haciendo surgir la mentada incompatibilidad (54).

Sin embargo, a nuestro ver, tales elementos subjetivos *no existen* en la fórmula legislativa empleada por nuestro artículo 278 (inciso 1.º, letra «a») del Código Penal.

En efecto, lingüísticamente, no es posible admitir su presencia. Bien es verdad que, la ley, habla de una «consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito». Pero ya hemos sostenido –y explicado lo que ello significa– *que tal giro conforma el tipo objetivo de la figura que se analiza* (cfr. acápite 2.A.1).

Pero, además, la utilización de un canon interpretativo genético no hace más que confirmar nuestro aserto. En efecto, en la exposición de motivos que acompañó el dictamen de mayoría, en la Cámara de Diputados, el tema mereció un explícito tratamiento en los siguientes términos: «No se exige un dolo directo. Por otro lado, se advertirá que la redacción no utiliza la preposición “para...”; ni la expresión: “con el fin de...” (“que los bienes originarios o los subrogantes adquieran... etc.”); sino que dice simplemente: “con la consecuencia posible de que... etc.”. Esto tiene la siguiente explicación. Si se dice “con el fin de...” o “para...” (...), a primera vista se entiende mejor, porque la expresión es más semejante a la del lenguaje natural, a la forma en que se expresaría el “hombre de la calle”; pero

---

(53) Cfr. BUOMPADRE, *Lavado (...)*, ob. cit., p. 287. De la misma opinión, D’ALESSIO-DIVITO, *Código penal (...)*, ob. cit., p. 929: «Es claro que nos encontramos frente a lo que parte de la doctrina denomina “delito de intención”, en el cual una ultraintención guía la conducta del autor hacia un fin concreto. La presencia de este elemento subjetivo distinto del dolo es la que determina una distinción subjetiva entre el lavado de dinero y el encubrimiento».

(54) Así, NÚÑEZ, *Manual (...)*, ob. cit., p. 189.



ambas expresiones generan dificultades dogmáticas importantes. Porque el uso frecuente de estos giros en los tipos penales es una forma abreviada de mencionar que lo que “teme” la norma (el legislador) es que termine ocurriendo justamente eso (en el caso, la apariencia de ilicitud, la posibilidad de reinserción de los bienes en un circuito económico delictivo, etc.). Pero en cuanto se usa la fórmula “con el fin de...” o “para”, dogmáticamente se reviste al hecho de un “dolo directo”. Ahora, en muchos casos al “lavadero” le resultará indiferente si la operación le servirá al delincuente para darle a sus bienes apariencia lícita, o no, por tanto, en este sentido no actuaría con “dolo directo de primer grado” (“con intención”); pero sí sabrá que puede ser que, como consecuencia de la operación, los bienes ilícitos adquieran un carácter aparentemente puro. Sin embargo, para la tipicidad basta con que el autor sea consciente de que, como consecuencia de la operación que realiza, puede transmitírsele a los bienes de origen delictivo una apariencia lícita (es irrelevante de que ésta sea precisamente su intención). En esta medida, entonces, basta con el mero dolo eventual, en tanto los datos a partir de los cuales el autor extrae la convicción de la posibilidad sean serios» (55).

a.2) El segundo aspecto que merece atención es el relativo a la oportunidad en la que el sujeto activo adquiere ese conocimiento de la procedencia delictiva. En tal sentido, hay consenso respecto a que tal conocimiento debe existir al momento de la acción (56); siendo irrelevante tanto el *dolus superveniens* como *antecedents* (57).

a.3) Por fin, otro ángulo merecedor de análisis se vincula con las dificultades procesales con respecto a la existencia de este conocimiento por parte del sujeto activo (58). En tal sentido, salvo

---

(55) Cfr. *Antecedentes parlamentarios*, ob. cit., p. 1678.

(56) Así, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 218.

(57) Así, RENART GARCÍA, Felipe, *El blanqueo de capitales en el derecho suizo*, en el sitio web *Derecho penal* (ubicación del artículo: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artrenart.htm>): «Si bien el legislador no se refiere al momento del conocimiento del hecho previo, la doctrina es unánime en la necesaria concurrencia del dolo en el momento de la realización del comportamiento, siendo pues irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal la presencia del dolo en un momento posterior a la realización de la conducta blanqueadora (*dolus superveniens non nocet*). Igual consideración merece la presencia del *dolus antecedents*, siendo por ello criticable la postura que, en nuestra doctrina, mantienen Moreno Canoves y Ruiz Marco al señalar que el conocimiento ha de ser “previo o simultáneo”, introduciendo una nota de alternatividad donde debe presidir la exclusividad en la actualidad del elemento intelectual del dolo».

(58) Plantean este problema RODRÍGUEZ VILLAR-BERMEJO, *Prevención (...)*, ob. cit., p. 284, y BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 220.

un improbable caso de confesión, la acreditación de este extremo exigirá ocurrir a la prueba de indicios, construida sobre elementos y circunstancias del comportamiento externo del que pueda inducirse dicho conocimiento (59, 60).

b) En lo concerniente a las particularidades del dolo respecto a la acción típica, debe puntualizarse que su acreditación no exige que medie un ánimo específico de ocultar el origen o de legitimar los bienes, bastando con que se cree la posibilidad de que ello suceda aunque no sea el resultado concretamente querido por el sujeto. Dicho de otra manera: «la maniobra podría tener cualquier otro fin específico para el autor, como el interés en obtener algún beneficio personal para sí o para un tercero, y aunque puede prever que con ello tal vez diera lugar a que los bienes obtuviesen alguna apariencia de legitimidad, esa circunstancia no lo detiene y lleva adelante su acción conformándose con la posibilidad de la realización del tipo» (61).

---

(59) Así, en la doctrina nacional, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 220. Es también una preocupación recurrente en la literatura jurídica española. Cfr., al respecto, ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 248, y FRIGOLA, J.; Escudero, J. F. y GANZENMÜLLER, C., *De la receptación y otras conductas afines*, en ESCUDERO, J. F.; GARCÍA, M. C.; FRIGOLA, J.; JUAN, J.; MARTELL, C.; GANZENMÜLLER, C. y JUFRESA, F. P., *Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 245.

(60) Ciertamente, la circunstancia de admitir la compatibilidad de la figura con el dolo eventual, morigera esta dificultad probatoria «en la medida en que su demostración exigirá menos esfuerzos que la relativa al conocimiento preciso y acabado de la existencia del delito previo». De cualquier manera, y desde una perspectiva procesal, existe consenso en apelar a la prueba indiciaria como método de comprobación de los hechos internos. Como lo ha sostenido, con toda corrección, Manuel Jaén Vallejo: «(...) el dolo requiere, al menos, un conocimiento por parte del acusado de lo que hizo, es decir, recae sobre un objeto que, en palabras de Hassemmer, se esconde detrás de un muro, detrás de la frente de una persona, luego, para su averiguación, es necesaria una inferencia a partir de circunstancias externas, como en la prueba indiciaria. Así, el Tribunal Supremo (de España), en su sentencia del 23 de abril de 1992 (...) dice que “cuando no existe prueba directa, de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudir a la denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate” (...)» (cfr. *La prueba en el proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2000, pp. 108-109).

(61) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 222.

### 3. El error de tipo en el delito de blanqueo de capitales

#### A) PRINCIPIOS GENERALES

El análisis precedente (cfr. acápite II.2) nos permite ingresar al estudio de la problemática del error de tipo en esta forma de criminalidad (62).

Por error de tipo se entiende a toda representación falsa (déficit de conocimiento) o falta de representación (ignorancia) respecto de los elementos que constituyen la faz objetiva del tipo delictivo (63). Por esta razón, el error de tipo puede recaer tanto respecto de los elementos descriptivos como normativos del tipo objetivo (64).

En términos generales, el tratamiento que ha de recibir el error de tipo coincide en todas las concepciones doctrinarias en materia de error. Tanto desde la teoría del dolo como desde la teoría de la culpabilidad, se sostiene que el error de tipo, tanto vencible como invencible, excluye el dolo. Como el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y dado que en el error de tipo falta (o es deficiente) tal conocimiento, queda excluido el dolo. Cuando el error de tipo es invencible, no cabe imponer pena alguna. Si es vencible, se impondrá la sanción por imprudencia en la medida en que el delito cometido admita la forma culposa (65).

#### B) PROBLEMÁTICA DEL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Se ha dicho que, con relación a este delito, rigen todas las reglas generales tanto respecto del error de tipo como de prohibición (66). La afirmación, aún cuando correcta, *requiere cierta matización* si se repara en el intenso debate vinculado con el funcionamiento de la teoría del error en los casos en los que, el tipo delictivo (como aquí ocurre) se encuentra compuesto por elementos de carácter normativo. De allí que, consideremos pertinente, un tratamiento un tanto más puntual de

---

(62) Con respecto al error de prohibición, cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., pp. 224-225. En la doctrina española, con amplitud, cfr. BLANCO CORDERO, *El delito (...)*, ob. cit., pp. 405-418.

(63) Similar concepto elaboran MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 252.

(64) Así, BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones (...)*, ob. cit., tomo II, p. 246.

(65) Así, SANCINETTI, Marcelo, *Sistema de la teoría del error en el Código penal argentino*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1990, p. 3.

(66) Así lo admite DONNA, *Derecho penal (...)*, ob. cit., p. 541.

esta problemática. Con tal finalidad, nos acercaremos al núcleo de la cuestión, a partir de progresivas aproximaciones:

a) Hemos dicho que el error de tipo puede ser vencible o invencible. Será invencible cuando no pueda ser evitado aunque se aplicase la diligencia debida. En cambio, será caracterizado como vencible cuando, el autor, podría haberlo evitado observando el cuidado exigido (67). En el caso de la criminalidad que aquí se examina, los efectos diversos que se derivan de una u otra forma de error, carecen de relevancia. Ello así por cuanto nuestro legislador ha previsto la figura del lavado sólo bajo la modalidad de imputación subjetiva dolosa (68). Por esta razón, aun cuando el error fuese vencible la conducta deberá quedar impune.

b) Un tema que requiere cierto detenimiento es el vinculado con el error en relación al límite cuantitativo que prevé el tipo analizado (cincuenta mil pesos). La cuestión se encuentra debatida en este punto; discrepancias que no hacen más que reflejar las posturas contrapuestas respecto de la naturaleza jurídica que atañe a tal límite. Quienes sostienen que se trata de un elemento de tipo objetivo, obviamente concluyen que, la falta de conocimiento (o su déficit) en vinculación al mismo constituyen un error de tipo; que excluirá el dolo (69).

En nuestro caso ya nos hemos pronunciado a favor de la tesis que considera este elemento como una condición objetiva de punibilidad. De esta manera, evidentemente, el error carecerá de relevancia; dado que, al ser las condiciones de punibilidad ajenas al tipo objetivo, no deben ser abarcadas por el dolo del autor (70).

---

(67) Tomamos la caracterización realizada por MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Tecfoto, S. L., Barcelona, 1998, p. 254.

(68) Tal es lo que sucede, igualmente, en la legislación brasileña en donde el blanqueo es sólo doloso. Refiere, en tal sentido, CALLEGARI, (*El delito [...]*, ob. cit., p. 290): «Las consecuencias jurídicas del error de tipo se encuentran en el artículo 20 CP; si el autor desconoce uno de los elementos constitutivos del tipo habrá siempre la exclusión del dolo, quedando la posibilidad de la comisión imprudente si el error fuera vencible y cuando haya previsión de ésta. Ocurre que en la ley de blanqueo no hay previsión imprudente; luego, si hay un error vencible, el autor quedará impune. Esto porque (...) el legislador en Brasil no ha previsto la hipótesis de imprudencia, lo que significa que en los supuestos de error vencible de tipo el sujeto deberá quedar impune». No sucede lo mismo en la legislación española que, de manera específica, ha legislado la criminalidad imprudente de esta forma delictiva. Por eso, expresa Blanco Cordero que: «Respecto del blanqueo de capitales del artículo 301, el error que recaiga sobre los hechos constituirá el error regulado en el artículo 14, número 1, cuyo tratamiento equivale al error de tipo: si es invencible excluye la responsabilidad penal, y si es vencible, atendidas las circunstancias del hecho y a las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente (...)» (cfr. *El delito [...]*, ob. cit., p. 390).

(69) De acuerdo con esa tesis BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 223.

(70) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones (...)*, ob. cit., tomo II, p. 254.

Por cierto que, si los montos en cuestión resultan inferiores al límite legal, el caso no será juzgado a tenor de esta figura delictiva, sino –según lo dispone el artículo 278, inciso 1.º, letra «c», CP– regirán a su respecto las reglas del encubrimiento.

c) El error también puede recaer sobre los hechos (*esto es: las circunstancias fácticas*) relativos a la proveniencia de los bienes. Por ejemplo: creencia de que aquéllos tienen una procedencia legítima cuando, en realidad, ocurre lo contrario. En tal caso, el intermediario se encontrará en un error de tipo que excluye el dolo (71). Ciertamente, si esta eximente es invocada como defensa, en virtud del principio jurídico de inocencia, corresponderá al órgano acusador demostrar lo contrario (72).

d) Por fin, la situación que más debate interpretativo ha generado, se vincula con la siguiente situación particular: el autor conoce que los bienes provienen de determinados hechos, pero no alcanza a comprender que esa plataforma fáctica constituye delito. En palabras de Barral: el agente cree, por ejemplo, «que por los antecedentes con que cuenta acerca del hecho del cual proceden los bienes, éste no configura delito sino una maniobra para eludir impuestos» que sólo merece sanción como infracción administrativa (73).

Si se está de acuerdo con respecto a nuestra caracterización de la exigencia típica del delito previo (y su vinculación con los bienes que se reciclan) como un elemento normativo de la figura; fácil será advertir que, lo subyacente en el fondo de esta discusión, no es otra cosa que el funcionamiento de la teoría del error con respecto a estos componentes valorativos (74).

---

(71) Así, BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., p. 223.

(72) Como correctamente sostiene José Ignacio Cafferata Nores (cfr. *Proceso penal y Derechos humanos*, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pp. 71-72): «Este principio significa que no se podrá penar como culpable (ni mucho menos se podrá tratar como tal durante el proceso penal) a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal; que si la acción es pública, esa prueba deben procurarla con esfuerzo y seriedad, no los jueces, sino los órganos estatales encargados de la preparación, formulación y sostenimiento de la acusación (...); que el imputado no tiene –ni, por lo tanto, se le puede imponer– la carga de probar su inocencia (ni de las circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal que pueda invocar); y que si la acusación no se prueba fehacientemente por obra del Estado, el acusado debe ser absuelto» (el énfasis nos pertenece).

(73) Cfr. BARRAL, *Legitimación (...)*, ob. cit., pp. 223-224.

(74) Cierta doctrina extiende el ámbito de esta discusión a los casos de error sobre una norma penal en blanco. En tal sentido coincidimos con la apreciación de Klaus Tiedemann cuando afirma que: «Queda por aclarar si existe diferencia de las leyes penales en blanco en relación a los elementos normativos del tipo penal que remiten a leyes extrapenales, por ejemplo, al Código Civil cuando el artículo 514 del

Se trata de una cuestión que, desde antiguo, viene siendo objeto de posturas discrepantes en el ámbito de la criminalidad económica y, en particular, respecto de los delitos tributarios (75). Es así que, mientras algunos autores, han propuesto establecer reglas diferentes para el tratamiento del error de prohibición en el Derecho penal accesorio (incluyéndose –en algunos casos– dentro de esta categoría conceptual al llamado error de subsunción (76); otros, en cambio, vienen sosteniendo la necesidad de reducir la órbita de aplicación del error de prohibición a favor de la del error sobre el tipo (77).

Por nuestra parte, consideramos que, estos casos, deben ser analizados bajo las reglas del error de tipo. Para fundar esta afirmación, parece esencial recordar los argumentos vertidos por Francisco Muñoz Conde. Sostiene este autor –en opinión que compartimos– que los elementos normativos (cuando son utilizados por el legislador) tienen una gran significación en la caracterización del hecho como un hecho típico y, por tanto, relevante jurídico-penalmente. En efecto, desde el momento en que sin la constatación de estos elementos el hecho carece de relevancia jurídico-penal, los mismos deben ser considerados como «elementos de la tipicidad misma y, por tanto, el error sobre ellos [es] un error ex-

---

Código Penal habla de “cosas ajenas” al definir el hurto. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia alemanas suelen reconocer que el autor actúa con dolo únicamente cuando conoce la valoración extrapenal; es decir que forma parte del tipo penal no solamente el contenido sino también la existencia de la norma extrapenal. No es muy claro por qué debe tratarse de manera diferente el caso de los elementos normativos y el de la norma penal en blanco (más “abierto” que un tipo penal con elementos normativos). Sobre todo, si el contenido penal de la ley en blanco, sin considerar la regulación extrapenal, se presenta como bastante neutral (...) para dar al tipo un carácter de injusto típico conviene introducir y mantener en él la existencia de la valoración extrapenal. Sólo conociendo esta valoración, el autor de la acción neutral o socialmente útil *per se* puede recibir el “impulso” moral para reconocer el carácter injusto de su actuar. Así y contra la opinión dominante en Alemania, se debe admitir que las cuestiones relativas al dolo y al error deben ser tratadas de igual manera tanto respecto a las leyes penales en blanco como a los tipos penales con elementos normativos» (cfr. *Parte general del derecho penal económico*, en el sitio web *Derecho Penal*, <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/93/tie93.htm>).

(75) En literatura jurídica alemana, para una exposición sobre el estado de la cuestión (aun cuando con una postura discrepante a la sostenida en el texto) puede consultarse, con gran provecho, a MAIWALD, Manfred, *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1997, pp. 19-24.

(76) Así lo describe –aun cuando críticamente– SILVESTRONI, *Teoría constitucional* (...), ob. cit., p. 226: «El error de derecho sobre un elemento normativo del tipo es denominado por la doctrina error de subsunción y se lo trata con las reglas del error de prohibición».

(77) Cfr. PREZA RESTUCCIA-ADRIASOLA-GALAIN, *Delitos económicos*, ob. cit., p. 123.

cluyente del dolo típico de estos delitos» (78). La conclusión anterior, resulta obligada «si se atiende al carácter secuencial de las categorías del delito, pues obviamente si éstas tienen algún sentido, éste no es otro que el de ir resolviendo progresivamente en cada escalón o fase lo que es propio de cada una de ellas» (79).

Sobre la base de la premisa anterior –y ahora ya en relación concreta con el delito analizado– consideramos que, si la conciencia (por parte del autor) de que los bienes proceden de un delito es un elemento normativo del tipo; este conocimiento exige en el agente realizar, previamente, un proceso de valoración. Ello porque, en las circunstancias normativas del hecho, el conocimiento presupone una comprensión intelectual y sin esta comprensión o valoración faltará el dolo. Pero –como lo ha sostenido Callegari (80)– esta valoración o comprensión intelectual de los elementos normativos que caracterizan el dolo típico en los delitos de blanqueo no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley (en nuestro caso: apreciación técnico-jurídica del giro legal «provenientes de un delito»), sino que basta que el contenido de significado social del suceso inculpinado aludido con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Por eso es que la doctrina utiliza la expresión de «valoración paralela a la esfera del lego»; y tal valoración se corresponde con el conocimiento necesario para el dolo. En el delito de lavado de activos, dicho conocimiento se agota con la conciencia actual (esto es: existente al momento de realizar las conductas típicas) de la relación previa de los bienes que se reciclan con el delito precedente. De allí que, cuando

---

(78) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 125. De la misma opinión, BLANCO CORDERO, *El delito (...)*, ob. cit., pp. 400-401: «(...) en el caso de los elementos normativos, el error de subsanación recae sobre un elemento del tipo, por eso los problemas que se plantean en relación con alguno de tales elementos han de solucionarse primeramente en el ámbito del tipo».

(79) Cfr. MUÑOZ CONDE, *El error (...)*, ob. cit., p. 126. Y enseguida, el autor agrega: «Hoy por hoy, parece inevitable, ante la complejidad de la normativa extrapenal que disciplina estos sectores, a la que necesariamente se tienen que remitir los tipos penales para caracterizar los comportamientos prohibidos, considerar como error excluyente del dolo y, con ello, de responsabilidad penal, si no existe la correspondiente previsión del delito imprudente, todo error sobre elementos normativos (...) contenidos en los tipos legales de los respectivos delitos». Como se podrá apreciar, hay aquí cierto retorno a la vieja categoría del error de derecho extrapenal, que era caracterizado por la doctrina como una forma de error de hecho (cfr., en nuestra doctrina, DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte general*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p. 491).

(80) Cfr. CALLEGARI, *El delito (...)*, ob. cit., p. 291.



el sujeto actúa, creyendo –para volver al ejemplo original– que los bienes sobre los cuales recae su conducta no proceden de un delito sino de una mera infracción administrativa, estaría actuando amparado por un error de tipo.

### III. SÍNTESIS DE CONCLUSIONES

1. La proliferación de elementos de carácter normativo, como técnica de tipificación, en el ámbito de la criminalidad económica, constituye uno de los factores que explican la relevancia que adquiere, respecto de esa delincuencia, la teoría del error.

2. El delito de lavado de activos (art. 278, inciso 1.º, letra «a», CP) constituye un tipo de ofensa compleja o pluriofensivo.

3. Sin desconocer la preferencia de nuestro legislador al ubicar, sistemáticamente, a este delito, como una figura contra la administración pública (desprendida de la figura del encubrimiento), el carácter pluriofensivo señalado en la conclusión precedente, permite también analizarlo como una forma de criminalidad que participa de las notas de los delitos que integran el Derecho penal económico. En este sentido, el tipo analizado describe un proceso complejo, integrado por diversas fases estratégicas (ocultación; control y cobertura e integración o blanqueo propiamente dicho), en virtud del cual se reciclan bienes de procedencia ilícita, introduciéndolos al circuito financiero con apariencia de legitimidad.

4. El límite cuantitativo (cincuenta mil pesos) que establece el artículo 278, inciso 1.º, letra «a», del Código Penal, constituye una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, al no tratarse de un elemento del tipo objetivo, no resulta necesario que el dolo del agente abarque, también, este extremo.

5. Desde la perspectiva de la imputación subjetiva, el tipo analizado resulta compatible tanto con las formas de dolo directo como eventual.

6. Al haber sido vetada por el Poder Ejecutivo Nacional la prevención de este delito en su modalidad imprudente, resulta irrelevante el carácter vencible o invencible del error de tipo. En ambos casos (es decir: sea vencible o invencible) la falta de conocimiento o su déficit sobre cualquier elemento del tipo objetivo, trae aparejada la impunidad de la conducta.

7. El posible error respecto del límite cuantitativo del delito analizado carecerá de relevancia; dado que, dicho límite, por su naturaleza, es una condición objetiva de punibilidad, ajena al tipo objetivo y, por tanto, no (necesariamente) abarcable por el dolo del autor.

8. La falta de conocimiento (o su déficit) *sobre las circunstancias fácticas* relativas a la proveniencia de los bienes que se reciclan, constituye un caso de error de tipo que excluye el dolo.

9. La falta de conocimiento (o su déficit), *no sobre las circunstancias fácticas* (hipótesis captada en la conclusión anterior) *sino con relación a la comprensión de la valoración jurídica* –insita en el elemento normativo de la figura (proveniencia delictiva de los bienes que se reciclan)– constituye, también, un error de tipo que excluye el dolo.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

### LEY ORGÁNICA 13/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, PARA LA PERSECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DEL TRÁFICO ILEGAL O INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS

(«BOE» núm. 278, de 20 de noviembre de 2007)

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas se encuadra entre los delitos caracterizados no sólo por atentar contra valores de carácter humanitario considerados esenciales por la comunidad internacional, sino también por la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión. Además, estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002 publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 29 de septiembre de 2003, complementada por el Protocolo, hecho en el mismo lugar y fecha, contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, y ratificado por Instrumento de 21 de febrero de 2002 publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 10 de diciembre de 2003, es aplicable a los delitos de tráfico ilegal de personas, en cuanto éstos se encuentran entre los delitos graves, entendiendo por tales, la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave, siempre que estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

A este respecto hay que tener presente que nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial fija la extensión y límites de la jurisdicción española en su artículo 23, combinando el criterio general de territorialidad que determina su competencia para conocer de los delitos cometidos en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo de los mismos, junto con las excepciones derivadas de los principios de personalidad que permite conocer de delitos cometidos fuera del territorio español por españoles o extranjeros nacionalizados españoles con posterioridad a la comisión del hecho cuando concurren determinados requisitos que el precepto menciona, real o de protección que permite enjuiciar a españoles o extranjeros que cometan delitos específicamente citados en el artículo que afectan a intereses del Estado, y de universalidad que atribuye la competencia para conocer de los delitos previstos en el apartado 4 del precepto independientemente del lugar de comisión y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva en base a que afecta a bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto.

De acuerdo con tales criterios, en la actualidad, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada fuera del mar territorial por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No obstante la Convención de 2000, en relación con el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en el mismo artículo 15.2.c), faculta a los Estados parte para que puedan establecer su jurisdicción respecto de estos delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, aun cuando se cometan fuera de su territorio. Este sería el supuesto concreto de la patera o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial.

España, sin duda, debe adoptar las medidas legislativas al respecto a fin de enjuiciar este tipo de delitos, pues resulta ciertamente difícil dar el necesario trato digno a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos humanos, a la vista del inabarcable flujo migratorio en nuestro país. Flujo que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes, que día a día ponen en peligro su vida y su seguridad.

En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Se modifica asimismo el primer apartado del artículo 318 bis del Código Penal, al objeto de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas tengan que llevarse a cabo desde en tránsito o con destino a España. Con la nueva redacción, se castigará también dicha conducta cuando el destino sea cualquier otro país de la Unión Europea. Igualmente, se incluye la atribución de jurisdicción para el caso de tráfico de personas que afecte a trabajadores, al ser de aplicación el artículo 313.1 del Código Penal.

Artículo primero. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que quedará redactado como sigue:

«4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.»

Artículo segundo. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Uno. El apartado 1 del artículo 313 del Código Penal tendrá la siguiente redacción:

«1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.»

Dos. El apartado 1 del artículo 318 bis del Código Penal tendrá la siguiente redacción:

«1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.»

Disposición final primera. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Uno. Se modifica la letra f) del apartado 2 del artículo 86 ter, con la siguiente redacción:

«f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 86 ter, que queda redactado del siguiente modo:

«3. Los juzgados de lo mercantil tendrán competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, cuan-

do éstas versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal.»

Tres. Se modifica el apartado 5 del artículo 447, con la siguiente redacción:

«5. Los secretarios sustitutos no profesionales percibirán las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo desempeñado.

Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados que tendrán efectos retributivos conforme a lo establecido en la normativa vigente para los funcionarios de la Administración General del Estado. Este reconocimiento se efectuará previa solicitud del interesado.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 489, con la siguiente redacción:

«2. Los nombrados deberán reunir los requisitos y titulación necesarios para el ingreso en el Cuerpo; tomarán posesión en el plazo que reglamentariamente se establezca y tendrán los mismos derechos y deberes que los funcionarios, salvo la fijeza en el puesto de trabajo y las mismas retribuciones básicas y complementarias.

Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados que tendrán efectos retributivos conforme a lo establecido en la normativa vigente para los funcionarios de la Administración General del Estado. Este reconocimiento se efectuará previa solicitud del interesado.»

Cinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 509, con la siguiente redacción:

«2. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.»

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

#### CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY ORGÁNICA 13/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, PARA LA PERSECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DEL TRÁFICO ILEGAL O LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS

(«BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2007)

Advertido error en la publicación de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 278, de 20 de noviembre de 2007, se procede a efectuar la oportuna rectificación:

En la página 47335, primera columna, en el apartado Uno del artículo segundo, por el que se modifica el apartado 1 del artículo 313 del Código Penal, donde dice: «... o por otro país...», debe decir: «... o a otro país...».

LEY ORGÁNICA 10/2007, DE 8 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA BASE DE DATOS POLICIAL SOBRE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN

(«BOE» núm 242, de 9 de octubre de 2007)

PREÁMBULO

I

El ácido desoxirribonucleico (ADN), componente químico del núcleo celular, se ha convertido en un instrumento esencial de las técnicas que la moderna medicina forense utiliza para la investigación de delitos por parte de las autoridades judiciales y policiales.

Desde que en 1988, en el Reino Unido y por primera vez, la información obtenida del ADN fuese utilizada para identificar y condenar al culpable de un delito, tanto en España como en el resto de los países de nuestro entorno se ha tomado conciencia de la trascendencia de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales, algo que venía siendo más frecuente en otros ámbitos, como la identificación de cadáveres o la determinación de relaciones de parentesco.

Sin embargo, y a pesar de esa importancia, el uso de los datos relacionados con el ADN, en el ámbito de la persecución de delitos, cuenta hoy con numerosas dificultades, especialmente en lo relativo a su obtención y registro de cara a su empleo en el curso de ulteriores investigaciones. Ello viene dado tanto por el carácter sensible que dichos datos tienen y el importante grado de protección con que, naturalmente, deben contar, como por la inexistencia de un marco jurídico que regule adecuadamente su empleo.

En el año 2003, y mediante lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación.

La nueva redacción dada a los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistió, esencialmente, en regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación.

Sin embargo, la reforma no contempló otros aspectos importantes, como la posibilidad de crear una base de datos en la que, de manera centralizada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudiesen ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos.

Estas carencias, unidas a otros factores de naturaleza diversa, ponen de manifiesto la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos.

Por un lado, resulta indudable que los avances técnicos permiten hoy que la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueda realizar de manera rápida, económica y escasamente limitadora de los derechos ciudadanos. Por otro, la sociedad viene exigiendo que las autoridades, judiciales y policiales, encargadas de la persecución de los delitos, cuenten con los instrumentos de investigación más eficientes posibles, especialmente en la lucha contra aquellos



crímenes que generan mayor alarma social. Finalmente, no puede olvidarse que la creciente globalización de los delitos y la paralela asunción por parte de España de una serie de obligaciones recíprocas con otros países para compartir la información disponible en los respectivos ficheros y bases de datos exigen la adopción de las medidas materiales y jurídicas adecuadas.

Respecto de este último aspecto, cabe señalar que la adopción de esas medidas jurídicas, así como la creación de bases de datos que permitan intercambiar la información entre los Estados miembros, ha sido reiteradamente expuesta desde las instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se ha venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal.

Finalmente, debe recalarse que en la redacción de la presente ley, como no podría ser de otra manera, se han tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 207/1996, de 16 de diciembre.

## II

El articulado de la presente ley comienza determinando lo que constituye su objetivo fundamental, que no es otro que la creación de una base de datos en la que, de manera única, se integren los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas.

En relación con su integración orgánica, la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN dependerá del Ministerio del Interior a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.

A continuación, la ley incorpora una importante novedad, ya que posibilita que para determinados delitos de especial gravedad y repercusión social –así como en el caso de los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de personas desaparecidas, o cuando el titular de los datos haya prestado su consentimiento para la inscripción–, los resultados obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, sean inscritos y conservados en la base de datos policial, a fin de que puedan ser utilizados en esa concreta investigación, o en otras que se sigan por la comisión de alguno de los delitos para los que la propia ley habilita la inscripción de los perfiles de ADN en la base de datos.

Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar– y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

Otra importante garantía técnica se deriva de la exigencia que la ley establece en relación con la obligatoria acreditación con que deberán contar los laboratorios que

vayan a realizar los correspondientes análisis biológicos, siendo competente para conceder dicha acreditación, de acuerdo con la disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

En relación con el período de la conservación de los perfiles identificativos en la base de datos, la ley fija unos períodos de cancelación cuya duración dependerá del tipo del delito y de la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal.

A fin de alcanzar el objetivo de que la base de datos creada sea lo más completa y eficaz posible, se dispone no sólo que el Ministerio del Interior adopte las medidas oportunas para que los diferentes ficheros y bases de datos de ADN que, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existieran en el momento de su entrada en vigor, pasen a integrarse en la base de datos que la presente ley crea, sino que también que puedan, eventualmente, integrarse en un futuro, y mediante la suscripción del correspondiente convenio, otros ficheros, registros o bases de datos identificativos obtenidos a partir del ADN, que no dependan de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por último, el texto se inscribe en el marco de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual, por su propia naturaleza de regulación general en la materia, resulta de aplicación directa, siendo los preceptos de esta ley especialidades permitidas por la citada Ley Orgánica, que encontrarían su justificación en las peculiaridades de la base de datos que regula.

#### Artículo 1. *Creación.*

Se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

#### Artículo 2. *Dependencia orgánica.*

La base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN dependerá del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.

#### Artículo 3. *Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.*

1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

b) Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el

cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

Artículo 4. *Tipos de datos.*

Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Artículo 5. *Laboratorios acreditados.*

1. Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

2. Sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.

Artículo 6. *Remisión de los datos.*

La remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial en los supuestos establecidos en el artículo 3 de esta ley, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia.

Artículo 7. *Uso y cesión de los datos contenidos en la base de datos.*

1. Los datos contenidos en la base de datos objeto de esta ley sólo podrán utilizarse por las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiéndose por tales las unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como por las autoridades judiciales y fiscales, en la investigación de los delitos enumerados en la letra *a*) del apartado primero del artículo 3 de esta ley.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el tratamiento se realizase para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, los datos incluidos en la base de datos objeto de esta ley sólo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos.

3. Podrán cederse los datos contenidos en la base de datos:

*a)* A las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.

*b)* A las Policías autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra *a)* del apartado 1 del artículo 3 de esta ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas.

*c)* Al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma pre-

vista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Artículo 8. *Nivel de seguridad aplicable.*

Todos los ficheros que integran la base de datos objeto de esta ley están sometidos al nivel de seguridad alto, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Artículo 9. *Cancelación, rectificación y acceso a los datos.*

1. La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta ley no superará:

El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.

El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario.

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.

En los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

2. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. En los supuestos contemplados en el artículo 3.1.b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

3. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

4. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación.

Disposición adicional primera. *Integración de ficheros y bases de datos.*

1. El Ministerio del Interior adoptará las medidas oportunas para que los diferentes ficheros y bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN que, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existieran a la entrada en vigor de esta ley, pasen a integrarse en la base de datos policial creada por la misma.

2. Igualmente, y mediante la suscripción del oportuno convenio, será posible la integración en la nueva base de datos de los datos procedentes de otros ficheros, registros o bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN, distintos a los descritos en el artículo 1 de esta ley, siempre que los mismos hubieran sido creados con las únicas finalidades de investigación y averiguación de los delitos a los que se refiere el artículo 3.1.a) de esta ley, identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas.

Disposición adicional segunda. *Régimen jurídico.*

La presente ley se inscribe en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual, por su propia naturaleza, resulta de aplicación directa, siendo los preceptos de esta ley especificidades habilitadas por la citada Ley Orgánica en función de la naturaleza de la base de datos que se regula.

Disposición adicional tercera. *Obtención de muestras biológicas.*

Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Disposición adicional cuarta. *Laboratorios del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.*

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 5 de esta ley, los laboratorios del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses podrán realizar los correspondientes análisis del ADN para identificación genética, de acuerdo con las funciones que le atribuye la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Disposición transitoria única. *Laboratorios no acreditados.*

Los laboratorios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que a la entrada en vigor de esta ley no estuviesen debidamente acreditados en la forma prevista en el artículo 5, dispondrán del plazo de un año para hacerlo, a contar desde dicha fecha.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente ley.

Disposición final primera. *Título competencial.*

La presente ley se dicta al amparo de las reglas 1.ª, 6.ª y 29.ª del artículo 149.1 de la Constitución.

Disposición final segunda. *Preceptos con carácter de ley ordinaria.*

Tienen el carácter de ley ordinaria los artículos 2, apartado 2 del artículo 5, artículos 7, 8 y 9, y la disposición adicional primera, disposición adicional segunda, disposición adicional cuarta, disposición transitoria única, disposición final primera, y disposición final tercera.

Disposición final tercera. *Habilitación normativa.*

1. Se autoriza al Gobierno a dictar las normas que procedan para el desarrollo de lo dispuesto en la presente ley.

2. Específicamente, se habilita al Gobierno para determinar el responsable del fichero y de su gestión, a los efectos previstos en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

Esta ley entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 15/2007, DE 30 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

(«BOE» núm. 288, de 1 de diciembre de 2007)

PREÁMBULO

Entre las resoluciones aprobadas como consecuencia del debate sobre el Estado de la Nación de 2006 se incluye la número diecinueve, en la que se declara, entre otros aspectos, que el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal, teniendo en cuenta las distintas propuestas que se están estudiando en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados, con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes.

La reforma sobre los delitos contra la seguridad vial cuenta con un amplio consenso de los grupos parlamentarios en torno a las propuestas formuladas ante la Comisión sobre Seguridad Vial. Por ello, se presenta esta Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código. Las penas y consecuencias se incrementan notablemente, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir, y a ello se añade la no menos severa posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor o ciclomotor, en orden a disponer su comiso.

Al igual que sucede en el Derecho vigente, se ofrece una específica regla para salvar el concurso de normas cuando se hubiera ocasionado además del riesgo prevenido un resultado lesivo. En tal caso se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada.

Una criticada ausencia era la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se ha considerado más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en un solo precepto sancionador.

La creación del Centro de Tratamiento de Denuncias automatizadas, además de la práctica de la delegación con una casuística muy variada, así como la necesidad de acortar los plazos de tramitación de las sanciones, sin merma de las garantías del sancionado, urge a llevar a cabo una modificación del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

La modificación que se propone conlleva la supresión del párrafo tercero de la disposición adicional cuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que es la que atribuye a los Delegados y Subdelegados del Gobierno la competencia para sancionar las infracciones previstas en la Ley de Seguridad Vial.

La modificación de la Ley de Seguridad Vial se refiere al artículo 68, sobre competencias, para atribuir la competencia sancionadora a los Jefes de Tráfico, previendo de manera expresa la posibilidad de que éstos deleguen en el Director del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas en las infracciones detectadas a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo.

Como consecuencia de la modificación anterior, se modifica también el artículo 80, sobre recursos, ya que, con la nueva atribución de la competencia, el Director General de Tráfico es el competente para resolver el recurso de alzada contra las resoluciones sancionadoras de los Jefes de Tráfico o del Director del Centro; así como el artículo 82, sobre anotación y cancelación, para que la anotación de las sanciones firmes graves y muy graves en el Registro de conductores e infractores, se haga por el órgano competente de la Jefatura Central de Tráfico, en unos casos por la Jefatura de Tráfico instructora del procedimiento y en otros por el propio Centro.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

Primero. Se añade un último párrafo al artículo 47, con la siguiente redacción:

«Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente.»

Segundo. Se modifica la rúbrica del capítulo IV, del título XVII, del libro II, que tendrá la siguiente redacción:

«De los delitos contra la Seguridad Vial.»

Tercero. Se modifica el artículo 379, que queda redactado como sigue:

«1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.»

Cuarto. Se modifica el artículo 380, que queda redactado como sigue:

«1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.



2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.»

Quinto. Se modifica el artículo 381, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.»

Sexto. Se modifica el artículo 382, que queda redactado como sigue:

«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.»

Séptimo. Se modifica el artículo 383, que queda redactado como sigue:

«El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.»

Octavo. Se modifica el artículo 384, que queda redactado como sigue:

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.»

Noveno. Se modifica el artículo 385, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.<sup>a</sup> Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.<sup>a</sup> No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.»

Disposición adicional. *Revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad.*

El Gobierno impulsará, de acuerdo con las administraciones competentes, una revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad, para adecuar los mismos a las exigencias derivadas de una mayor seguridad vial.

Disposiciones transitorias

Disposición transitoria primera. *Legislación aplicable.*

1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso será oído el reo.

Disposición transitoria segunda. *Revisión de sentencias.*

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley.

Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente

te si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley.

Disposición transitoria tercera. *Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.*

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

Disposiciones derogatorias

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Queda derogado el párrafo tercero de la disposición adicional cuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Disposiciones finales

Disposición final primera. *Reforma del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.*

Uno. El artículo 68 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 68. *Competencias.*

1. La competencia para sancionar las infracciones de lo dispuesto en la presente ley corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia en que se haya cometido el hecho. Si se trata de infracciones cometidas en el territorio de más de una provincia, la competencia para su sanción corresponderá, en su caso, al Jefe de Tráfico de la provincia en que la infracción hubiera sido primeramente denunciada.

2. Los Jefes Provinciales podrán delegar esta competencia en la medida y extensión que estimen conveniente. En particular, podrán delegar en el Director del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas la de las infracciones que hayan sido detectadas a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo,

3. En las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, serán competentes para sancionar los órganos designados por sus respectivos Consejos de Gobierno.

4. La sanción por infracción de normas de circulación cometida en vías urbanas corresponderá a los respectivos Alcaldes, los cuales podrán delegar esta facultad de acuerdo con la legislación aplicable.

5. Los Jefes Provinciales de Tráfico y los órganos competentes que correspondan, en caso de Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, asumirán la competencia de los Alcaldes cuando, por razones justificadas o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por éstos.

6. Las competencias municipales no comprenden las infracciones de los preceptos del título IV de esta ley ni las cometidas en travesías en tanto no tengan el carácter de vías urbanas.

7. En los casos previstos en todos los apartados anteriores de este artículo, la competencia para imponer la suspensión del permiso o licencia de conducción corresponde al Jefe Provincial de Tráfico.

8. La competencia para sancionar las infracciones a que se refiere el artículo 52 de esta ley corresponderá, en todo caso, al Director General de Tráfico o a su correspondiente en las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, limitada al ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma.

9. En las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las competencias que en los apartados anteriores se atribuyen a los Jefes Provinciales de Tráfico, corresponderán a los Jefes Locales de Tráfico.»

Dos. El artículo 80 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 80. *Recursos.*

1. Contra las resoluciones de los expedientes sancionadores que sean competencia de los Jefes Provinciales y Locales de Tráfico podrá interponerse dentro del plazo de un mes recurso de alzada ante el Director General de Tráfico.

Las resoluciones de los recursos de alzada serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los términos previstos en su ley reguladora.

Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado, quedando expedita la vía contencioso-administrativa.

2. Contra las resoluciones de los expedientes sancionadores dictadas por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, así como las dictadas por los Alcaldes, en el caso de las entidades locales, se estará a lo establecido en la normativa correspondiente.»

Tres. El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 82. *Anotación y cancelación.*

Las sanciones graves y muy graves una vez sean firmes en vía administrativa serán anotadas, por el órgano competente de la Jefatura Central de Tráfico que instruye el procedimiento, en el Registro de conductores e infractores, el día de su firmeza. Cuando dichas sanciones hayan sido impuestas por los Alcaldes o por la autoridad

competente de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, se comunicarán, para su anotación en el Registro referido, en el plazo de quince días siguientes a su firmeza.

Las autoridades judiciales comunicarán a la Dirección General de Tráfico, en el plazo de quince días siguientes a su firmeza, las sentencias que condenen a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, a efectos de su anotación en el referido Registro.

Las anotaciones se cancelarán de oficio, a efectos de antecedentes, una vez transcurridos tres años desde su total cumplimiento o prescripción.»

Disposición final segunda. *Naturaleza de la ley.*

Tienen el carácter de Ley Orgánica todos los preceptos de esta ley, excepto la disposición adicional, la disposición derogatoria única y la disposición final primera.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo el párrafo segundo del artículo 384 del Código Penal, recogido en el apartado octavo del artículo único de esta ley, que entrará en vigor el 1 de mayo de 2008.



# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

### ¿El fin justifica los medios?

Comentarios a las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional  
y el Tribunal Supremo en el «caso De Juana Chaos»

MARIONA LLOBET

#### I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, las reglas de la acumulación jurídica que rigen en los casos de concurso real de delitos y que limitan la acumulación material de condenas (la mera suma aritmética) tienen como consecuencia que la permanencia en prisión de cualquier condenado no pueda sobrepasar un determinado número de años (1). Desde 1973 hasta 2003 dicho límite máximo se cifraba en 30 años (2). De este

---

(1) Por las penas impuestas en un mismo proceso, o en distintos «si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» (arts. 70.2.<sup>a</sup> *in fine* CP'73 y 76.2 CP'95). En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, p. 99, pone de relieve que «el sistema de acumulación *jurídica* hace que en el concurso de delitos la pena no pueda en ningún caso superar (en una misma sentencia) un determinado número de años». Por tanto, como indica RÍOS MARTÍN, «Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias», pp. 523 ss., ninguna pena por hechos cometidos con posterioridad a la condena firme preexistente puede refundirse, lo que conlleva que existan «sentenciados de hecho a cadena perpetua».

(2) Cfr. el artículo 70.2.<sup>a</sup> CP'73, y el 76.1.b) CP'95 antes de la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas. Desde la entrada en vigor de esta ley, el límite máximo de cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico es de 40 años [art. 76.1.c) y d) CP].



modo, aunque se hubieran cometido delitos muy graves «por valor» de 100, 500 ó 1.000 años, la pena quedaba reducida a 30. Además, el Código Penal de 1973 preveía la redención de penas por el trabajo. En virtud de este beneficio penitenciario, el condenado que observara buena conducta podía ver acortada su pena en un tercio si trabajaba, puesto que dos días de trabajo reducían la condena en un día (3). Sin embargo, la redención de penas se concedía de manera general y automática (4), por lo que, bajo la vigencia del anterior Código Penal, las penas de 30 años quedaban, como mucho, en 20 años (5).

El legislador de 1995 derogó dicho beneficio (6). No obstante, en aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, la redención de penas por el trabajo siguió aplicándose cuando éstas se habían impuesto por hechos cometidos antes de la entrada en vigor del actual Código Penal (7). De este modo, los te-

---

(3) Cfr. el artículo 100 CP'73. Además, el artículo 71 RSP (Reglamento de Servicio de Prisiones, anterior reglamento penitenciario) preveía las redenciones extraordinarias con el límite de uno por cada día de trabajo y de 175 por cada año de cumplimiento efectivo de la condena. De este modo, como indican TAMARIT SUMALLA, GARCÍA ALBERO, RODRÍGUEZ PUERTA, SAPENA GRAU, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., p. 193, «un interno podía llegar a obtener en un solo año de cumplimiento efectivo de la pena, un máximo de 250 días gracias a las redenciones extraordinarias, teniendo en cuenta el máximo de 182 días y medio que podía obtener anualmente vía redenciones ordinarias».

(4) En este sentido, la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», pp. 324-325, denunció, en 1993, que hasta ese momento «sólo una escasa proporción de población reclusa se hac[ía] acreedora al beneficio redentor ordinario (...), que sin embargo se aplica[ba] a la inmensa mayoría», por el esfuerzo «de limpiar la celda y hacer la cama». Y, respecto al extraordinario puso de relieve que se conseguía «por destinos ocupacionales o tareas tales como escuela, talleres y cursillos, h[ubiera] o no algo de extraordinario en ellos». Por esta razón, su conclusión fue que «la generosidad en la aprobación de las redenciones de penas por el trabajo, no la p[odían] determinar el automatismo y la inercia, sino el esfuerzo del redentor».

(5) Digo como mucho porque según datos de 1993 de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», pp. 324-325, cerca del 90 por 100 de la población penitenciaria era propuesta para gozar de redenciones extraordinarias. De este modo, como pone de relieve RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria*, p. 718, publicado en 2006, las redenciones de penas «han dado lugar a que presos etarras con penas superiores a 30 años de prisión, estén a punto de extinguir su condena tras cumplir 18 años de privación de libertad».

(6) Véase la disposición transitoria segunda CP'95.

(7) El voto particular a la STS de 28 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar), «caso Parot» –suscrito por tres magistrados: José Antonio Martín Pallín, Joaquín Jiménez García y Perfecto Andrés Ibáñez–, pone de relieve que en la comparativa de penas entre ambos cuerpos legales respecto a los hechos cometidos bajo

roristas más sanguinarios de ETA, condenados a mediados de los años 80 «a cientos o miles de años de prisión» (8), empezaban a vislumbrar el fin de su castigo hacia el 2003 (9).

Todo indica que para calmar esa sensación de impunidad e injusticia se aprobó la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas (10). Sin embar-

---

la vigencia del Código Penal de 1973, todos los Tribunales tomaron en cuenta tal beneficio a la hora de establecer cuál era el más benigno para el reo. En este sentido, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 18 de julio de 1996 sostiene que la redención de penas por el trabajo es aplicable a las condenas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el 25 de mayo de 1996. En la doctrina, RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria*, p. 718, explica que la Circular 1/1996, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, intentó infructuosamente la anulación retroactiva de redenciones de penas, puesto que algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en 1996, «resolvieron de manera contraria a lo pretendido por la Fiscalía General».

(8) Digo a cientos o miles de años porque ésta es la sensación que transmiten los medios de comunicación. En tal sentido, tómense como ejemplos las siguientes noticias. En *El Mundo* ([www.elmundo.es](http://www.elmundo.es), cursiva añadida): «Condenan a los etarras “Pakito” y “Fitipaldi” a 220 años» (2 de diciembre de 2002). En *El País* ([www.elpais.com](http://www.elpais.com), cursiva añadida): «Urrusolo, condenado a 103 años de cárcel por el atentado contra una casa-cuartel» (10 de junio de 2002); «La Audiencia condena a los etarras Santi Potros y Tigresa a más de 1.500 años de cárcel» (10 de julio de 2003). En *El Periódico* ([www.elperiodico.es](http://www.elperiodico.es), cursiva añadida): «Indemnizada la niña que nació sorda tras el atentado de Hipercor. El tribunal condena a 790 años de prisión a los etarras “Santi Potros” y Caride por los asesinatos» (26 de julio de 2003). En *La Vanguardia* ([www.lavanguardia.es](http://www.lavanguardia.es), cursiva añadida): «Más de 2.000 años para dos etarras por la masacre de Zaragoza» (3 de junio de 2003); «Condenados cuatro etarras a entre 93 y 97 años por el asesinato de un ertzaintza» (7 de noviembre de 2003). Sin embargo, respecto a la publicación de esta clase de titulares, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal*, p. 100, texto y nota 89, considera que «una cierta parte de responsabilidad la tienen los Tribunales penales que permiten que se divulgue que la condena ha sido a, por ejemplo, doscientos años de prisión, cuando es evidente que esa magnitud punitiva no es la efectivamente determinada como pena, dadas las reglas sobre tiempo de cumplimiento máximo». Por último, los políticos también realizan esta clase de afirmaciones. Por ejemplo, cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, p. 11859, que recoge los siguientes datos presentados por el señor Michavila en la Sesión Plenaria celebrada el 6 de marzo de 2003: «Se dan casos como el de un terrorista asesino condenado por cometer seis asesinatos a un total de 221 años de prisión» o «casos como el de otro terrorista asesino condenado por matar a cuatro guardias civiles y a dos policías nacionales a 160 años de prisión».

(9) En este sentido, *La Vanguardia* de 14 de enero de 2005 ([www.lavanguardia.es](http://www.lavanguardia.es)), publicó la siguiente noticia: «La Audiencia Nacional cifra en una treintena los etarras que este año saldrán de prisión».

(10) Cfr. LLOBET ANGLÍ (2007), «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas», pp. 22 ss.

go, la citada ley no conseguía evitar la excarcelación de etarras que habían sido condenados dos décadas atrás a 30 años de prisión y que se beneficiaban de la redención de penas por el trabajo, hubiera o no motivos para su concesión; ni, por tanto, la indignación ciudadana. Había que «hacer algo» (11).

Pues bien, este «algo» llegó a través de nuestros Tribunales (12) de la mano del «caso Parot». Primero, mediante el frustrado intento de la Audiencia Nacional, en su Auto de 26 de abril de 2005, de cambiar la interpretación de la conexidad exigible para la acumulación jurídica de condenas (13). Segundo, a través de la STS de 28 de febrero

---

(11) MANZANARES SAMANIEGO (2006), «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», hace referencia a «la lógica indignación ciudadana por la pronta excarcelación de peligrosísimos asesinos terroristas», la cual ha precedido a las resoluciones judiciales del «caso Parot». Por su parte, DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces», apunta que llegada la hora de la excarcelación definitiva de Iñaki de Juana Chaos, «las alarmas políticas y mediáticas desencadenaron un nuevo proceso judicial».

(12) MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», pone de relieve «la presión ambiental, e incluso política, a que los jueces y tribunales se hallan sometidos en cuanto concierne a la represión del terrorismo». En este sentido, es significativa la noticia aparecida en *El País* de 20 de febrero de 2007 ([www.elpais.com](http://www.elpais.com)), en la que se informaba sobre la concentración convocada por la asociación de víctimas del terrorismo para protestar contra la Sentencia del Tribunal Supremo, que reducía de 12 años y 7 meses a 3 años la condena impuesta a De Juana Chaos por la Audiencia Nacional, a la que calificaba de indigna. Es más, debido al revuelo social causado por esta decisión, la propia Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 20 de febrero de 2007, tuvo que acordar la publicación de un comunicado aclarando el contenido de dicha sentencia. En él, ponía de relieve que la nueva condena se basaba en unos hechos distintos a los veinticinco asesinatos cometidos en su día «por los que ya fue juzgado y por los que cumplió condena, extinguiendo la pena de acuerdo con la legislación vigente y aplicable al momento de la comisión». También la propia STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García), «caso De Juana Chaos», comienza los fundamentos de Derecho con un preámbulo en el que advierte de que «en este proceso estamos enjuiciando sólo el alcance penal de los dos artículos periodísticos referidos, no otros hechos objeto de otros procedimientos diferentes, por los que se condenó años atrás». Y, el voto particular a esta resolución suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García también incide sobre esta cuestión, «dada la campaña mediática que desde el inicio de las actuaciones ha acompañado a esta causa» (véase sobre este caso *infra*).

(13) La Sala Segunda, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006, «caso Parot», no aceptó la argumentación de la Audiencia Nacional. Este Tribunal había acumulado en dos bloques las condenas impuestas a Henri Parot en distintos procesos, por lo que resultaron dos penas de 30 años cada una. Sin embargo, con esta solución, se apartaba de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre la interpretación de la conexidad exigible para la acumulación jurídica de condenas (véanse los arts. 70.2.<sup>a</sup> *in fine* CP'73, actual 76.2, y 988 y 17 LECrim).

de 2006 (ponente Sánchez Melgar) (14) que reinterpreta la aplicación de la redención de penas por el trabajo (15, 16).

Según esta nueva doctrina, cuando tal beneficio sea de aplicación sobre una condena limitada en virtud de las normas del concurso real de delitos, la redención se computará respecto a cada una de las penas impuestas. Por ejemplo, si a un sujeto se le condenara a tres penas, una de 30 años, otra de 15 y una última de 10, según el artículo 70.2

---

(14) En el trasfondo de esta resolución late el hecho de que estamos ante la excarcelación de un condenado por terrorismo. En tal sentido, MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», sostiene que, muy probablemente, la interpretación de esta sentencia «no se habría producido si el problema no se hubiese planteado en el marco de los asesinatos terroristas». Sin embargo, como el mismo autor indica, la nueva jurisprudencia «afectará en el futuro a muy variados delincuentes y delitos» y cita datos aportados por el Fiscal General del Estado, según quien dicha doctrina será de aplicación «a 912 internos, de los que sólo 225 pertenecían a bandas armadas».

(15) Además, el Juzgado Central de Instrucción, tres semanas antes de esta sentencia, había declarado procesado a Henri Parot como autor de un delito de pertenencia a banda armada y de otros delitos terroristas en su Auto de 8 de febrero de 2006, por los siguientes hechos: en carta fechada el 1 de junio de 2001, la cual se encontró el 16 de septiembre de 2002, dicho sujeto se dirigía a miembros de la cúpula de la organización terrorista ETA, en la que les indicaba la necesidad de materializar concretas acciones terroristas contra objetivos más importantes (como la Audiencia Nacional o las bolsas de Madrid y de Barcelona) con el fin de socavar la voluntad del Gobierno español, y les aportaba su experiencia como terrorista. Obsérvese, pues, cómo este auto se dictó no sólo veinte días antes de la STS de 28 de febrero de 2006, sino tres años y medio después de que se encontrase la pista que sirve como fundamento de la incriminación penal. De este modo, resulta plausible pensar que su finalidad era mantener a Henri Parot en la cárcel si la Sala Segunda decretaba que la pena máxima de cumplimiento era de 20 años. Es decir, si no podía seguir encerrado por hechos ya sentenciados, la solución era mantenerle en prisión por actos delictivos todavía no juzgados. Sin embargo, hay que poner de relieve que tales hechos sí merecen una respuesta penal. Por tanto, es acertado que la SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado) le condene a una pena de 11 años por un delito de pertenencia a banda armada, pese a que, en mi opinión, hubiese sido más acertado apreciar el delito de estragos terrorista en grado de proposición.

(16) Resume muy bien lo hasta aquí dicho la siguiente noticia publicada en el *ABC* de 31 de enero de 2007 (edición escrita, p. 17): «Cuando hace ahora dos años saltó a los medios de comunicación la noticia de que varios de los condenados por el Código Penal de 1973 estaban a punto de ser excarcelados tras pasar entre rejas apenas 18 de los 30 años de cumplimiento efectivo previsto en aquella legislación, la sociedad española puso el grito en el cielo. Etrarras como el sanguinario Henri Parot, De Juana Chaos, José Antonio López Ruiz “Kubati” o los hermanos Troitiño estaban a punto de salir a la calle tras haberse beneficiado en la mayor parte de los casos de hasta doce años de redenciones ordinarias y extraordinarias». Y concluye que «hasta la solicitud de acumulación de condenas de Henri Parot» y la posterior resolución del Tribunal Supremo, en este caso, no se arregló tal situación.

CP'73 (17), el límite de cumplimiento efectivo sería de 30 años (18), el cual comenzaría a computarse con la pena más grave, esto es, la de 30. Si sobre ésta hubiera redimido 10 años, la tendría cumplida a los 20 años de estancia en prisión; a continuación pasaría a ejecutar la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (es decir, la de 15), de la que podría redimir 5 años, por lo que la tendría cumplida a los 10 años. De este modo, ya no podría cumplir más penas, puesto que se habría alcanzado el máximo de 30 años (20+10) (19).

No obstante, tal doctrina jurisprudencial no afectaba a aquellos sujetos cuyo licenciamiento definitivo se había aprobado con anterioridad (20), como era el caso de Iñaki de Juana Chaos. Por tanto, había que «inventarse algo más» (21). De ello se encargó la Audiencia Nacional. El 10 de enero de 2005, un mes antes de su puesta en libertad definitiva (22), el juez Fernando Grande-Marlaska decretó prisión preventiva para De Juana por pertenencia a banda armada y por amenazas terroristas (23), con base en unas declaraciones vertidas en dos cartas publicadas en el *Diario Gara*. Expresiones por las que la SAN de 8 de noviembre de 2006 (ponente Rodríguez Fernández) le condenó a 12 años y 7 meses por un delito terrorista de amenazas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García) ha rebajado la pena a 3 años de prisión por un

---

(17) Vigente 76.1.

(18) O de 40 años según lo dispuesto en el actual artículo 76.1.d) CP, desde la reforma operada por la LO 7/2003.

(19) Téngase en cuenta que contra esta resolución se ha interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en fecha 28 de marzo de 2006.

(20) Además, hay que poner de relieve que el reciente AAP-Madrid de 25 de enero de 2007 establece que la doctrina del «caso Parot» no es aplicable respecto a aquellos sujetos a los que se les había aprobado la refundición de condenas mediante auto firme. Para ello apela a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas penales perjudiciales, puesto que considera que resoluciones de tal naturaleza constituyen una situación jurídica plenamente consolidada. Por tanto, habrá que esperar a ver si a sujetos condenados por terrorismo se les aplica el mismo criterio.

(21) Como afirma MANZANARES SAMANIEGO (2006), «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», puesto que la regulación del Código Penal de 1973, en el que era posible la acumulación de penas y la redención de penas por el trabajo, ha dado lugar a que etarras como De Juana Chaos, «autor de veinticinco asesinatos terroristas y condenado por ellos a 3.000 años de prisión, haya visto reducidas sus penas a sólo dieciocho», no puede sorprender que se hayan alzado voces «solicitando algún “invento” para mantener en prisión a los beneficiarios de aquella deplorable normativa».

(22) Prevista para el 9 de febrero de 2005.

(23) Véase el AJCI de 10 de enero de 2005.

delito de amenazas (no terroristas) del artículo 170.1 CP en concurso ideal con el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP).

## II. EL «CASO DE JUANA CHAOS»

### 1. Los antecedentes

Mientras se hallaba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Algeciras por numerosas acciones cometidas como miembro activo de la organización terrorista ETA, Iñaki de Juana Chaos remitió al *Diario Gara* dos cartas. La primera se titulaba «El Escudo» y apareció publicada el 1 de diciembre de 2004. En ella, dejaba muy clara su ideología separatista frente al Estado español, al que denominaba enemigo y Estado fascista. En palabras de la propia sentencia, «mantenía el ideario de la banda terrorista ETA». Además, mencionaba al entonces juez central de vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional, Javier Gómez Bermúdez, a quien hacía responsable de los retrasos surgidos en su ex-carcelación, pese a que técnicamente había terminado de cumplir condena. La segunda, bajo el título «Gallizo», se publicó el 30 de diciembre de 2004. En esta epístola, De Juana citaba ejemplos de concretos funcionarios de prisiones para poner de relieve que la nueva política penitenciaria del Gobierno de Zapatero, empezando por el nombramiento de la señora Mercedes Gallizo como directora general de Instituciones Penitenciarias, consistía «en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el colectivo de presos políticos vascos en particular».

### 2. La SAN de 8 de noviembre de 2006

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 8 de noviembre de 2006 (ponente Echarri Casi), condenó a De Juana por un delito de amenazas terroristas del artículo 572.1.3.<sup>a</sup> CP, con la agravante de reincidencia, a una pena de 12 años y 7 meses (24).

---

(24) Muy crítico con esta sentencia, DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces». También ASUA BATARRITA, en un artículo titulado «El dilema De Juana» publicado en *La Vanguardia* de 27 de enero de 2007, opina que «De Juana es responsable de un alto número de asesinatos y merece toda la reprobación, pero fue juzgado con un código que permitía la redención y a los veinte años había cumplido la pena. Lo que viene después es un mantenimiento en prisión por amenazas, un delito que, (...), se forzó mucho».

## A) EL DELITO DE AMENAZAS TERRORISTAS

El Tribunal, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda, consideró que en este caso concurrían todos los elementos para apreciar un delito de amenazas. A su juicio, las expresiones vertidas por el condenado intimidaron a los sujetos pasivos —esto es, un magistrado y cinco funcionarios de prisiones mencionados expresamente en sus cartas (25)— con la conminación de un mal «injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata y dependiente en una ejecución efectiva de la voluntad del sujeto».

En mi opinión, los dos principales problemas de esta afirmación son, por un lado, que De Juana Chaos en ningún momento hizo referencia a un mal determinado; y, por el otro, que al estar en prisión y no haberse demostrado ningún contacto con miembros de ETA, el mal efectivo no podía depender de su voluntad ni por acción ejecutada por el propio agente ni por orden de éste.

a) *Las amenazas veladas*

Respecto a la primera cuestión, la propia sentencia sostiene que «es perfectamente admisible la amenaza “velada”, esto es, los supuestos en que aun cuando las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere, la identidad o la naturaleza del mismo se desprende de la *dinámica de un lugar y un tiempo determinado*». Como antecedentes de esta postura cita dos sentencias, a saber, una del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de julio de 2001, ponente Conde Pumpido-Tourón) y otra de la Audiencia Nacional (Sentencia de 26 de abril de 2006, ponente Guevara Marcos). Sin embargo, en realidad, la primera no hace referencia a la cuestión de las amenazas veladas ni a los supuestos en los que «las expresiones proferidas por el sujeto activo no contengan de forma exacta la descripción del mal al que se refiere» (26). En cambio, la

---

(25) Aunque en los dos escritos aparecían los nombres de otras personas, el Ministerio Fiscal, en su calificación provisional (folios 422 ss. del rollo de la Audiencia Nacional, tomo 2), identificó a seis sujetos pasivos (cfr. la STS de 26 de febrero de 2007, ponente Delgado García, «caso De Juana Chaos»).

(26) En el caso objeto de esta resolución, Juan Manuel había denunciado por agresión a José. Así las cosas, ambos sujetos se encontraron por casualidad pocos días antes del juicio y el segundo le dijo al primero: «los días que yo esté detenido a consecuencia del juicio tú te los vas a pasar en la Mutua». Por estos hechos, la Audiencia de instancia condenó a José por una falta de amenazas y le absolvió del delito de obstrucción a la justicia por el que también había sido acusado. Sin embargo, el Ministe-



sentencia de la Audiencia Nacional sí sostiene que es perfectamente admisible la amenaza velada.

Esta resolución enjuiciaba el siguiente caso: a principios de junio de 2004, la acusada remitió tres cartas manuscritas a varios concejales socialistas en el País Vasco a los que calificaba de «miembros del partido que apostaba por alargar el conflicto» vasco y, por ello, de «responsables políticos», y les alertaba que debían «asumir esa responsabilidad con todas las consecuencias que pudiera acarrear para ellos y su entorno», puesto que «el conflicto salpicaría a todos los miembros del partido, tanto militantes, como concejales». Además, cerraba la misiva con las siguientes expresiones: «quien siembra vientos recoge tempestades» y «la lucha es el único camino que nos dejáis». Por estos hechos, fue condenada por un delito de amenazas (no condicionales) continuadas del artículo 577 CP en relación con el artículo 169.2 CP a la pena de 2 años de prisión.

Esta resolución ha sido confirmada por la reciente STS de 20 de diciembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo) que también sostiene que es posible castigar por esta clase de amenazas. A su juicio, de las circunstancias de lugar y de tiempo en las que se enviaron tales misivas (en «una campaña contra concejales» y en un «clima de inseguridad y zozobra propiciado por los atentados terroristas») se desprendería que el mal con el que se amenazaba era uno de los previstos en el artículo 169 CP.

No obstante, hay que poner de relieve que antes de esta resolución, la cual es de fecha posterior a la de la Audiencia Nacional que nos ocupa, el Tribunal Supremo no había utilizado la expresión «amenaza velada» para referirse a los supuestos en los que el mal con el que se conmina no es suficientemente determinado (27).

---

rio Fiscal recurrió en casación dicho fallo al considerar que tal expresión era constitutiva del delito tipificado en el artículo 464.2 CP. De este modo, el Tribunal Supremo, respecto al delito de amenazas, sólo analizó la diferencia entre el delito y la falta, y concluyó que en ese supuesto las expresiones proferidas carecían de la gravedad necesaria para constituir un delito de obstrucción a la justicia.

(27) Pese a la afirmación de que es perfectamente admisible la amenaza velada, en la búsqueda de jurisprudencia sobre esta cuestión en la base de datos de Aranzadi [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), si se pone en «texto» «amenaza velada» o «amenazas veladas» se obtiene solamente un total de tres sentencias del Tribunal Supremo anteriores a ésta, en las que la Sala Segunda no define tal figura ni analiza sus características ni dice si es o no típica. En dos de ellas, además de amenazas veladas existieron amenazas explícitas (véanse las Sentencias de 5 de marzo de 1999, ponente Delgado García, y de 31 de diciembre de 2001, ponente Soriano Soriano). Y, en la tercera resolución, la expresión «amenaza velada» la utiliza la parte recurrente y el Tribunal no hace ninguna alusión a ella (STS de 6 de febrero de 2004, ponente Abad Fernández). No obstan-

Por su parte, respecto a las Audiencias Provinciales, si bien es cierto que, en ocasiones, condenan por conductas que definen como amenazas veladas, siempre imputan una falta del artículo 620.2.º CP (amenazas leves) por esta razón (28), esto es, porque el mal no es lo

---

te, la STS de 23 de diciembre de 2004 (ponente Saavedra Ruiz) alude a la necesidad de valorar «la dinámica de un tiempo y lugar determinados» en el delito de amenazas, aunque no utiliza la expresión «amenaza velada» o «amenazas veladas». En este caso, el procesado confeccionó una carta panfleto en la que pedía a los vecinos de un concejal del PP que lo expulsaran del País Vasco, ya que ese «personaje» era objetivo directo de «nuestras acciones», decía, y no querían que «agentes externos al conflicto de Euskal Herria (...) sufriesen ningún daño». La Audiencia Nacional condenó a dicho sujeto por un delito de amenazas terroristas del artículo 577 CP en relación con el 169.1 CP a una pena de 5 años y el Tribunal Supremo confirmó el fallo. En el mismo sentido, en el caso resuelto por la STS de 6 de marzo de 2006 (ponente Berdugo y Gómez de la Torre) se usaron expresiones veladas y la Sala Segunda hizo hincapié en el hecho de que el delito de amenazas es «enteramente circunstancial» (sobre esta cuestión, véase también el caso resuelto por la SJP-Guipúzcoa de 16 de junio de 2001, ponente Arduán Rodríguez, que condena a dos años de prisión por un delito de amenazas del artículo 169.1 CP). Por último, poner de relieve que el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en su voto particular a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», considera que la «categoría de la amenaza velada» es «vaga e inaprensible» y «de más que problemática compatibilidad con la previsión legal».

(28) En las Audiencias Provinciales, el resultado con el texto «amenaza velada» o «amenazas veladas» es de cuarenta sentencias. En general, las expresiones aparecen por distintas razones (las usan los peritos por ejemplo, SAP-Bizkaia de 22 de julio de 2004, ponente Real de Asúa Llonapero) o en relación con otras faltas (en este sentido, la SAP-Cádiz de 22 de enero de 2002, ponente Ercilla Labarta, condena por una falta contra el orden público prevista en el artículo 634 CP, que tipifica la conducta consistente en faltar al respeto a la autoridad o sus agentes o desobedecerles levemente; y la SAP-Barcelona de 17 de marzo de 2005, ponente González Zorrilla, aprecia la falta de vejaciones leves prevista en el artículo 620.2.º CP). De algunas resoluciones se extrae que las amenazas veladas pueden ser típicas aunque en el caso concreto no pudo condenarse por dicho delito o falta (véanse la SAP-Sevilla de 25 de febrero de 2003, ponente Méndez Martínez, en la que no se había acusado por tal figura; y la SAP-Bizkaia de 25 de enero de 2005, ponente Penín Alegre, en la que no se pudo probar que el acusado hubiera realizado las amenazas veladas). Solamente la SAP-Sevilla de 6 de octubre de 2000 (ponente Romeo Laguna); la SAP-Albacete de 19 de octubre de 2000 (ponente Espinosa Serrano); la SAP-Cádiz de 19 de febrero de 2001 (ponente Pérez Pérez); la SAP-Barcelona de 5 de septiembre de 2001 (ponente Alfonso Laso), y la SAP-Zaragoza de 9 de julio de 2003 (ponente Rodríguez de Vicente Tutor) condenan por una *falta* de amenazas pese a que éstas fueron veladas. En este sentido, son muy significativas la SAP-Albacete de 19 de octubre de 2000 y la SAP-Sevilla de 6 de octubre de 2000, que expresamente declaran que condenan por una falta de amenazas, y no por un delito, al ser éstas veladas (la primera sentencia afirma que «la carga intimidatoria que tenían las llamadas, comporta una situación de amenaza velada de males difusos, que procede estimar, por ello, leve». En el mismo sentido, la segunda considera que anunciar a otra persona que le realizará una visita cuando salga en libertad, «reviste sin duda alguna una amenaza velada pero cierta, que merece reproche penal a nivel de simple

suficientemente determinado para apreciar el delito, con una única excepción (29).

Por consiguiente, a la vista de las consideraciones anteriores, en primer lugar, opino que De Juana no exteriorizó, mediante las cartas, ninguna amenaza velada, por la siguiente razón: si lo que hay que valorar en estos supuestos es la dinámica de tiempo y lugar, en el momento en el que se publicaron las citadas epístolas, ETA hacía mucho tiempo que no asesinaba a nadie y, además, en *el Diario Egin* de 21 de noviembre de 1997, dicha organización terrorista había publicado un comunicado según el cual «suspendía totalmente sus acciones contra el frente de cárceles», es decir, contra los funcionarios de prisiones (30). Y, en segundo lugar, aun cuando se admitiera que existieron tales amenazas veladas en el caso que nos ocupa, puesto que una banda armada siempre puede cambiar su estrategia, la doctrina de los Tribunales es constante en afirmar que estos supuestos constituyen una falta de amenazas, no un delito, lo cual, en relación con el artículo 574 CP, hubiera significado la aplicación de la pena prevista en el artículo 620.2.º CP, esto es, pena de multa de diez a veinte días, en su mitad superior.

---

falta»). En la misma línea, los Tribunales en ocasiones castigan por amenazas expresiones como «te acordarás de mí», pero siempre como faltas (SAP-Tarragona de 7 de enero de 2003, ponente Casas Cobo; SAP-Madrid de 22 de noviembre de 2004, ponente Vieira Morante; SAP-Valencia de 10 de junio de 2005, ponente Tomás Benítez, y SAP-Madrid de 2 de septiembre de 2006, ponente López Ortiga). Sin embargo, en otras ocasiones no se acepta esta expresión como constitutiva de dicha infracción (SAP-Barcelona de 19 de marzo de 2002, ponente Pérez de Rueda, y SAP-Valencia de 25 de marzo de 2004, ponente Escribano Parreño). Por su parte, la SAP-Huesca de 11 de octubre de 2001 (ponente Angós Ullate) considera constitutivas de amenazas leves expresiones tales como «ten cuidado cuando salgas», «ya te acordarás» y «estás sentenciada», puesto que suponen el anuncio de un mal «suficientemente determinado a los efectos de aplicar la falta de amenazas leves».

(29) Únicamente la SAP-Cáceres de 2 de junio de 2003 (ponente Tena Aragón) aprecia un *delito* de amenazas no condicionales que fueron veladas y continuadas sin ulteriores referencias respecto a esta figura. Y, respecto a la expresión «te acordarás de mí», sólo la STS de 4 de febrero de 2000 (ponente Martínez Arrieta) castiga como delito de amenaza condicional de mal constitutivo de delito la expresión «si no me dejas ver a los niños, esta noche te acordarás». Sin embargo, la sentencia atiende al concreto contexto de ese caso en el que la acción «se produjo, subsiguientes a unas lesiones y a un proceso de separación en el que la perjudicada se v[io] obligada a cambiar de domicilio y a requerir la protección policial contra los actos del marido».

(30) Lo pone de relieve la propia sentencia de la Audiencia Nacional que nos ocupa, aunque según indica «ello no es óbice para que se recopile información *ad futuro* para posibles objetivos de acciones terroristas, como así ha sucedido en numerosas ocasiones».

Sea como fuere, en el «caso De Juana Chaos», la Audiencia Nacional concluyó que existían «unas amenazas “veladas” mediante el “señalamiento”», las cuales eran constitutivas de delito (31).

b) *El mal dependiente de la voluntad del amenazador*

Respecto al requisito de que en el delito de amenazas el mal tiene que depender de la voluntad del sujeto que amenaza, dicho Tribunal afirmó lo siguiente: la aparición de nombres y apellidos en los artículos periodísticos exponen el propósito «de encargar a otros la producción del mal, ya que su autor al encontrarse en prisión no podía ejecutar directamente aquél».

La STS de 20 de diciembre de 2006 (ponente Ramos Gancedo) considera que el requisito de que el mal anunciado dependa en su realización de la voluntad del amenazador no se cumple únicamente cuando dicho mal puede hacerse efectivo «por acción ejecutada por el propio agente», sino también cuando pueda originarse a raíz de una «orden de éste o a instigación suya» (32). Por tanto, de la jurisprudencia (33) se desprende que este requisito puede tener tres estructuras: en primer lugar, la ejecución del mal puede depender del propio agente. De este modo, quien amenaza será considerado autor de la producción del mal con el que se conmina en caso de que éste llegue a ejecutarse; en segundo lugar, el sujeto activo de las amenazas puede ordenar a terceros la producción del mal. En este supuesto, será inductor del mal ejecutado por otras personas en caso de que llegue a producirse el resultado lesivo que se anunció; por último, el amenazador puede provocar a terceros para que ejecuten el mal anunciado. Por tanto, el sujeto activo de las amenazas también será inductor si se produjera lo anunciado, en virtud del artículo 18.2.II CP, que establece que la provoca-

---

(31) En la doctrina, véase sobre el elemento de la concreción del mal en las amenazas, DEL RÍO FERNÁNDEZ, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y modalidades*, pp. 35-36. Ahora bien, la doctrina no utiliza el término «amenazas veladas».

(32) Según la RAE, instigar significa «incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo» (www.rae.es). Por su parte, el Código Penal distingue entre la *inducción*, figura que equipara a la autoría [art. 28.a)], y la *provocación*, la cual es definida como *incitación a la perpetración de un delito* (art. 18.1).

(33) En la doctrina, DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 195, pone de relieve que el mal también depende de la voluntad del sujeto activo en «aquellos supuestos en los que el sujeto activo aparezca lo suficientemente poderoso como para desencadenar la producción de ese mal por parte de una tercera persona», citando como ejemplo, «un “capo” mafioso que amenaza con la acción de sicarios a su servicio».

ción seguida de la perpetración del delito se castiga como inducción. En este último caso (34), la amenaza y la provocación pueden producirse de manera sucesiva (por ejemplo, en tiempo 1, A amenaza a B con provocar a terceros para que lo maten y, en tiempo 2, A provoca a otros sujetos para que ejecuten ese mal) o de manera simultánea (A amenaza a B con la producción de un mal y provoca a terceros para su perpetración a través de las mismas manifestaciones) (35).

En el supuesto que nos ocupa, cuando la SAN de 8 de noviembre de 2006 establece que concurren unas amenazas «veladas» hace referencia a un «señalamiento» (36), lo que introduce elementos de la provocación delictiva. Ahora bien, la referencia a esta figura se presenta de manera muy clara al afirmar que la intención del procesado mediante sus declaraciones era la de «encargar a otros la producción de un mal», puesto que él no podía ejecutarlo. Es decir, ¿qué es la provocación sino la incitación a la perpetración de un delito a través de un medio que facilite la publicidad, como un periódico? (art. 18.1 CP).

---

(34) O también en el supuesto en el que se ordena a otro la ejecución del mal.

(35) En este último caso, habría que decidir si entre el delito de amenazas y la figura de la provocación existe una relación de concurso (ideal) de delitos o de normas, dependiendo del bien jurídico que se considere protegido en ambas figuras. Respecto a la provocación delictiva, hay autores que sostienen que este acto preparatorio protege un bien jurídico propio, mientras que otros opinan que es una forma de aparición del delito, que necesita conectarse con los tipos de la parte especial (véase DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 85 ss.). Por lo que se refiere a las amenazas condicionales la doctrina suele entender que afectan a la libertad del sujeto en su fase interna, es decir, «la libertad de escoger sin trabas ni presiones exteriores qué conducta se desea realizar». En cambio, respecto a las no condicionales, la doctrina discute si es la libertad o la seguridad de la víctima (cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 91; y, ampliamente, LARRAURI, *Libertad y amenazas*). Sin embargo, sea como fuere, se desvincula tal delito del mal que finalmente pueda producirse. Por tanto, si se considera que la provocación es un delito autónomo que en algunos casos puede proteger la tranquilidad del sujeto o sujetos objeto del «señalamiento» (DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 157 ss., analiza la postura según la cual la figura de la provocación lesiona «la tranquilidad o la paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana», lo que en supuestos de marcaje puede conectarse con la tranquilidad de los concretos individuos «señalados»), se daría un concurso de normas con la provocación que, en mi opinión, debería resolverse en virtud del principio de alternatividad del artículo 8.4.ª CP, aplicando aquel precepto que tuviera previsto mayor pena. En cambio, si los bienes jurídicos se considerasen distintos podría apreciarse un concurso ideal de delitos entre las amenazas y la provocación delictiva.

(36) También se hace referencia al señalamiento en otros pasajes de la sentencia con las siguientes expresiones: «señalamiento con entidad jurídica penal relevante»; «acción típica de “señalamiento” o “marcaje” de personas concretas y determinadas», y «señalamiento de objetivos a la banda terrorista ETA».

De este modo, en el «caso De Juana Chaos», está claro que el sujeto no podía ejecutar directamente la acción al estar privado de libertad, como la propia sentencia indica. Ahora bien, tampoco se probó que tuviera una relación y poder tal sobre la organización terrorista ETA como para ordenar (para inducir a) dicha acción ni para incitar o provocar a sus miembros a producir algún mal a las personas mencionadas en los dos artículos periodísticos. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de julio de 1999 (ponente Prego de Oliver y Tolivar), absolvió a un miembro de HB como autor de una falta de amenazas de mal que no constituye delito pese a que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco le había condenado. En este caso, dicho sujeto, en una concentración frente a un centro penitenciario y provisto de un megáfono, se dirigió a funcionarios de prisiones manifestando que tenían una «responsabilidad enorme» y les avisó: «si continuáis por el mismo camino, sabed que el sufrimiento será para todos. Sabed que el sufrimiento irá aumentando en nuestro pueblo». A juicio de la Sala Segunda, no existía «base fáctica suficiente para deducir que el mal anunciado dependía en su realización de la voluntad del autor de la frase» ni que «la producción del daño se origin[ase] de manera mediata por orden del agente o a instigación suya», puesto que su personal interés con la situación de los presos «no supon[ía] necesariamente una conexión suficiente para decidir o instigar las acciones criminales de ETA». De este modo concluyó que «el relato fáctico no refleja[ba] el anuncio de un mal de ejecución dependiente de la voluntad del sujeto, ni contien[ía] datos objetivos que permit[ieran] inferir la creencia fundada de ese efectivo control del sujeto sobre la realización del mal, ordenándolo o instigándolo» (37).

Sentado lo anterior, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende que para castigar por un delito de amenazas en la modalidad en la que el mal depende de la voluntad del sujeto activo mediante instigación (esto es, a través de provocación) tiene que concurrir una determinada capacidad de incitación, es decir, cierto control sobre las personas a las que se dirige el mensaje. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en el «caso De Juana Chaos», interpretó que el requisito de

---

(37) Además, la propia sentencia también pone en duda que concurra el requisito del «mal determinado». Posteriormente, la STSJ-País Vasco de 17 de mayo de 2004 (ponente Ruiz Piñeiro) aplica la doctrina contenida en esta sentencia y, por ende, absuelve al acusado del delito de amenazas que se le imputaba. En este caso, Arnaldo Otegui instó al Gobierno vasco a «desobedecer al Estado» o «asumir las consecuencias».

que el mal dependa de la voluntad del sujeto activo concurre con la mera alusión a determinadas personas, con el simple «señalamiento», aunque ésta tampoco sea la línea seguida por la propia Audiencia en su Auto de 13 de junio de 2001 (ponente Cezón González) (38). Esta resolución sostiene que el señalamiento «no es una entidad jurídico-penal», esto es, «por sí solo no es penalmente relevante», sino que «la acción de señalar a alguien, de llamar la atención sobre alguien, podrá constituir un elemento objetivo de un tipo penal» (en este sentido, el auto hace referencia a las siguientes posibilidades: inducción, cooperación necesaria y *provocación* al asesinato, y al tipo de colaboración con banda armada).

Por tanto, con base en esta doctrina, el «señalamiento» que realiza De Juana Chaos en sus artículos periodísticos, por un lado, no puede ser constitutivo de un delito de amenazas, puesto que por sí sólo no puede dar lugar a la apreciación de un delito concreto. Y, por el otro, aunque ciertamente un «marcaje» podría constituir una provocación, el propio auto sostiene que tienen que concurrir los requisitos de esta figura en el caso concreto y que «la provocación al delito no puede ser presumida ni deducida de la ideología» del sujeto activo (39). Por tanto, la siguiente cuestión a analizar es si hubiera sido posible castigar a De Juana mediante la figura de la provocación, puesto que la Audiencia Nacional, a la hora de configurar el delito de amenazas, introdujo la estructura de este acto preparatorio.

---

(38) Esta resolución deja sin efecto los anteriores autos que decretaban la prisión provisional sin fianza de un sujeto acusado de amenazas terroristas y de colaboración con banda armada, basándose en los siguientes hechos: «la publicación “Ardi Beltza” (oveja negra) de la que es editor y responsable José Benigno R. R. (...) supone (...) [una] línea informativa de “señalamiento” y “satanización” de personas potencialmente objetivos operativos de la violencia terrorista de ETA o de sus formas de violencia complementarias (...) mediante elaboración de informaciones pormenorizadas sobre personas a las que marca con datos complementarios de identificación, a la vez que las tilda o identifica como colaboracionistas con las fuerzas policiales o del Ministerio del Interior, o las representa como contrarias a la “causa vasca”, así como facilitando datos inocuos sobre las mismas para el público en general, pero que servirían “para centrar, perseguir y en su caso agredir, matar o atentar contra la libertad de esas personas o su patrimonio”».

(39) En cambio, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007, caso «De Juana Chaos», descarta la apreciación del delito de amenazas individuales al considerar que «no quedó probada intención alguna en el procesado de amenazar a personas concretas», aunque el artículo 169 CP no hace referencia a ningún elemento subjetivo del injusto, y no se cita jurisprudencia que exija este elemento pese a no requerirse en la letra de la ley.



c) *La provocación delictiva*

Ahora bien, la apreciación de la provocación delictiva en el «caso De Juana Chaos» tampoco es posible por dos razones. En primer lugar, porque según indica algún autor y la jurisprudencia, «para poder apreciarse provocación a delinquir, ha de requerirse la existencia de una incitación directa, que tenga *efectiva virtualidad suasoria o persuasiva con relación a su destinatario*» (40), lo que, tal y como acabo de indicar respecto al delito de amenazas, no sucede en este caso.

En segundo lugar, puesto que según la doctrina (41) y la jurisprudencia (42) unánimes, la figura de la provocación requiere que la inci-

---

(40) POLAINA NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 967 (negrita añadida); y CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 193. También DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 117, considera que «la propia idea de incitación lleva en sí implícita la idea de la efectividad para determinar la voluntad de los incitados»; y BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 250-251, pone de relieve que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemanas exigen de la provocación «una influencia sobre otras personas con el objetivo de producir en ellas la decisión de producir hechos ilícitos». Por su parte, según la Sala Segunda, uno de los requisitos de la provocación es que a la incitación instrumentada ha de poder «reconocerle *virtualidad suasoria y de convencimiento*» (STS de 21 de marzo de 1986, ponente Soto Nieto, *negrita añadida*).

(41) Cfr. BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 256-257, que además exige la concreción de algún plan de actuación; Campo MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, p. 57, considera que debe describirse «la acción o acciones que han de ser cometidas»; CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, p. 163, requiere que la incitación se refiera a «la comisión de un delito concreto o a la comisión de una determinada clase de delitos»; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, p. 321, exige que la incitación sea a «un concreto y determinado hecho delictivo», siguiendo el punto de vista de Rodríguez Mourullo. A juicio de Del Rosal Blasco, se pueden esgrimir varios argumentos a favor de esta solución: en primer lugar, el propio significado semántico del verbo «incitar»; en segundo lugar, a partir de una interpretación sistemática con las figuras de la conspiración y la proposición que también usan el verbo «ejecutar»; y, por último, porque la provocación seguida de perpetración se castiga como inducción (pp. 119-120 y 321-322); REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 81, considera que «no debe existir ninguna confusión sobre qué es lo que pretende el incitador. Luego, los consejos o las simples indicaciones inconcretas referidas a la comisión de un delito no son suficientes si no se desprende del contexto de la situación qué tipo de delito se pretende y en qué magnitud debe llevarse a cabo; y RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pp. 20-21, pone de relieve que la doctrina es unánime en entender que la provocación debe referirse a un delito concreto, esto es, «se tiene que poner de manifiesto la acción que los provocados han de realizar».

(42) La STS de 21 de marzo de 1986 (ponente Soto Nieto) sostiene que uno de los requisitos de la provocación es que la incitación tiene que ser a la comisión de uno

tación sea a un delito concreto y determinado, y este elemento no concurría en el «caso De Juana Chaos». Como la propia sentencia indica tantas veces, el mal delictivo que se cernía sobre las personas aludidas en los dos artículos periodísticos no era determinado. De hecho, la Audiencia Nacional introdujo la figura de las «amenazas veladas» al faltar el requisito de la concreción del mal. Por tanto, si se traslada esta teoría a la figura de la provocación, puede afirmarse que nos encontramos frente a una «provocación velada». Ahora bien, Del Rosal Blasco (43), autor que hace expresa referencia a las formas veladas de provocación, esto es «no claras ni directas», considera, con razón, que admitirlas como típicas conlleva gran inseguridad jurídica, puesto que «tendrían que ser los tribunales de justicia los que delimitaran hasta qué punto y cuándo una incitación (indirecta) podría constituir provocación a cometer el delito», así como un inmenso riesgo «para la libertad de expresión» (44). Además, si nos ceñimos al tenor literal del artículo 18.1 CP, este precepto establece que la incitación (45) tiene que ser «directa», lo que para muchos autores implica que han de excluirse las incitaciones imprecisas o las meras alusiones (46).

---

o «varios delitos concretos, no bastando con la actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir» (en el mismo sentido véase la STS de 13 de noviembre de 1998, ponente Marañón Chávarri). En las Audiencias Provinciales, sigue esta doctrina la SAP-Málaga de 28 de enero de 2003 (ponente García Ortiz), y en los Juzgados de lo Penal la SJP-Málaga de 10 de octubre de 2002 (ponente De la Hera Ruiz-Berdejo).

(43) DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 117-118.

(44) Por ello concluye que «hay que exigir que queden fuera de la provocación las formas veladas, esotéricas, indirectas, de excitación. Es preciso que quien incita lo haga de *forma inequívoca*».

(45) Según DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 117-118, «la propia idea de incitación lleva en sí implícita la idea de la efectividad para determinar la voluntad de los incitados. Efectividad que es difícil que se logre si el mensaje que dirigimos es oscuro, velado o equívoco. El término “incitación”, (...), hace alusión a una voluntad indubitadamente dirigida a conseguir el fin que se propone: esto es, a obtener del sujeto al que se incita su resolución criminal y con ello la consiguiente perpetración del delito. Y, para el juzgador, la única prueba evidente de esa voluntad estriba precisamente en la inequívocidad del mensaje incitador. Todo lo demás no pasarán de ser presunciones difícilmente demostrables que nos harán rebasar con toda seguridad los límites impuestos al *ius puniendi* por el principio de culpabilidad».

(46) BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, pp. 247 ss., pone de relieve que la doctrina se ha manifestado de diversas maneras respecto a la incorporación del adverbio «directamente» en el artículo 18.1 CP'95, pero que una interpretación ha sido la de entender que se excluyen «las incitaciones vagas, imprecisas o indefinidas» (en este sentido, se pronuncia REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, p. 81) o «las meras alusiones o insinuaciones» [véase CEREZO

d) *La libertad de expresión*

Como la propia Audiencia Nacional puso de relieve, Iñaki de Juana había vivido continuos retrasos en su excarcelación definitiva antes de la publicación de las mencionadas cartas. De este modo, el condenado manifestó que su intención al escribirlas era la de «luchar contra la campaña mediática que se había iniciado contra su persona y poner en conocimiento de la opinión pública su situación». Sin embargo, el Tribunal consideró que las declaraciones vertidas no podían quedar amparadas por la libertad de expresión, y basó esta conclusión en las siguientes consideraciones: en primer lugar, debido a que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, «no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores»; en segundo lugar, porque no había ninguna necesidad «de referirse a personas concretas con nombres y apellidos» y a su destino profesional; y, en tercer lugar, ya que se acusó a tales sujetos de la comisión de concretos ilícitos penales.

Ciertamente, el legislador ha tomado en cuenta la seguridad y la libertad de las personas al tipificar los delitos de amenazas. Ahora bien, en mi opinión, a la hora de interpretar su ámbito típico hay que ponderar el ejercicio de las libertades de expresión e información, las cuales prevalecen en aquellos casos en los que la crítica de determinados sujetos no implica una provocación a que se atente contra ellos, en los términos establecidos en el artículo 18.1 CP (47), por mucho que aquéllos puedan

---

MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, pp. 162-163]. En este sentido, también RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 21, considera que «con el adverbio “directamente” se trata de delimitar la provocación punible únicamente a aquellos casos en que la incitación se realiza de forma clara e inequívoca, de modo que no admita duda el contenido provocador del mensaje». Por su parte, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 116-117, analiza las consecuencias de la no inclusión del término *directamente* en la provocación descrita en el anterior Código Penal. Sin embargo, llega a la conclusión de que ni así es admisible castigar las provocaciones «que de forma vaga, imprecisa o indefinida —es decir, indirecta— puedan incitar a ello». Para este autor, la provocación tiene que ser «inequívoca, expresa, indubitante, es decir, directa; no debe encerrar la más mínima duda sobre la finalidad que persigue». Además, también pone de relieve que «la opinión mayoritaria, por no decir unánime, entiende que *directamente* significa, en la inducción, determinación a realizar un *delito concreto*, a un *ejecutor determinado*».

(47) Además, la consideración según la cual la ponderación entre las libertades de expresión e información y los derechos a la seguridad y a la libertad tienen que realizarse, de entrada, en sede de tipicidad, es decir, a la hora de interpretar el ámbito típico del delito de amenazas, no implica que aquellas libertades no puedan volver a tomarse en cuenta en sede de justificación. Por ejemplo, imaginemos el siguiente

sentirse inseguros al conocerse dicha información. Es decir, el límite típico en la interpretación de los delitos de amenazas, para no vulnerar la libertad de expresión, es que el mal tiene que depender como mínimo de la voluntad del sujeto activo mediante provocación directa a la comisión del delito de que se trate. Sin embargo, la Audiencia Nacional, al castigar a De Juana por amenazas, interpretó este delito de manera muy amplia, puesto que puede concurrir con la mera alusión crítica de determinadas personas encargadas de la lucha contra el terrorismo, aunque no concurren los requisitos de la provocación (48).

Además, en sede de justificación, tampoco aceptó la concurrencia de la libertad de expresión como causa eximente de la responsabilidad criminal, y parece que para ello argumentó con base en el juicio de necesidad del medio empleado. La Audiencia Nacional dio mucha importancia al hecho de que se citaran los nombres y apellidos de determinados sujetos y su destino profesional, y a que se les imputaran algunos delitos (49). Sin embargo, por un lado, los nombramientos de

---

caso: A, candidato a la presidencia de un determinado país, promete que si llega al Gobierno cambiará la política en materia ecológica. Semanas después de haber ganado las elecciones, un sujeto descubre que el nuevo presidente no tiene ninguna intención de hacer lo que prometió y así lo hace saber a la opinión pública, todo y aceptar (dolo eventual) que un grupo ecologista podría matarlo al conocer esta noticia, pues dicha organización ha asesinado en los últimos tiempos a políticos que no defendían el medio ambiente. En mi opinión, tales declaraciones podrían ser constitutivas de un delito de amenazas tal y como lo entiende la jurisprudencia (el mal puede realizarse por terceros mediante provocación del sujeto activo), pero quedarían amparadas por la libertad de expresión e información, puesto que una sociedad tiene derecho a saber que se le ha mentido aunque las consecuencias para quien engaña puedan ser muy gravosas (sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del dolo eventual en la provocación véase DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho Español*, pp. 353 ss., autor que sí acepta esta posibilidad y pone de relieve que es la postura mayoritaria tanto en España como en Alemania).

(48) También la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», interpreta de manera muy amplia los delitos de amenazas a un colectivo (art. 170.1 CP) y de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) por los que castiga a De Juana. A su juicio, la crítica política que este sujeto efectuó en los dos textos, la cual es legítima por hallarse amparada en el artículo 20.1 CE, fue excesiva en dos momentos, a saber, cuando usó, de modo innecesario para esa finalidad de crítica, expresiones constitutivas de aquellos ilícitos (véase *infra*).

(49) No obstante, en mi opinión, si alguien quiere criticar la política penitenciaria seguida por un determinado Gobierno, en el sentido de considerar que sigue la misma línea que la aplicada por sus antecederos (más de derechas) aunque sus dirigentes lo nieguen, es necesario que use concretos ejemplos de personas y hechos que avalen esa postura. Por ejemplo, si ahora mismo alguien quisiera escribir un artículo periodístico informando sobre la corrupción urbanística existente en España en los últimos tiempos, tendría que hacer alusión a sujetos y casos concretos.

los funcionarios de prisiones que aparecían en la carta titulada «Gallizo» habían sido publicados en el «BOE» y, por tanto, eran de dominio público, así como su destino profesional. Y, por lo que respecta a la alusión del entonces juez central de vigilancia penitenciaria, Javier Gómez Bermúdez, en la epístola «El Escudo», distintos medios de comunicación ya habían informado sobre que éste había retirado redenciones de penas a Iñaki de Juana y que estaba dificultando su excarcelación (50). De este modo, aunque no se hubieran citado los nombres concretos, la referencia y crítica a tales sujetos a través de otros datos hubiera llevado igualmente a que terceros pudieran saber a quién se hacía mención (51). Además, el AAN de 13 de junio de 2001 (ponente Cezón González) afirma que «toda noticia u opinión publicada en cualquier medio de comunicación ha de llamar forzosamente la atención sobre alguien o algo». Por el otro lado, las acusaciones de determinadas conductas delictivas podrían dar lugar, de ser falsos, a un delito de calumnias, del que no se acusó (52). O es que, ¿acaso un terrorista (o cualquier detenido, preso o penado) no puede decir que ha sufrido algún abuso por parte de funcionarios públicos y señalar a sus autores? Efectivamente, incurrirá en un delito de calumnias si es acusado por ello y no puede probar la afirmación de sus declaraciones. Sin embargo, esto no es lo que sucedió en este supuesto.

Con tal manera de proceder, parece que la Audiencia Nacional está admitiendo que un sujeto condenado por terrorismo no puede criticar a ningún cargo o funcionario público con nombres y apellidos porque esto implica que lo está marcando como objetivo de la banda armada (53). Y,

---

(50) Por ejemplo, véanse las noticias aparecida en *El País* de 9 de enero de 2004 ([www.elpais.com](http://www.elpais.com)) y en *La Vanguardia* de 11 de febrero de 2005 ([www.lavanguardia.es](http://www.lavanguardia.es)).

(51) En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», descarta la aplicación del artículo 576 CP (colaboración con banda armada), por la siguiente razón: a juicio de la Sala Segunda, la información sobre los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, «indicando sus nombres y apellidos y comportamientos concretos», podía haber sido conocida con facilidad por ETA, por lo que «carecía de relevancia para que esta banda terrorista pudiera servirse de ellos a la hora de planificar sus actuaciones».

(52) También ponen de relieve esta cuestión la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», y el voto particular a esta resolución suscrito por Perfecto Andrés Ibáñez. Para este magistrado, únicamente los insultos y las descalificaciones vertidas por De Juana y, sobre todo, la atribución de acciones delictivas a algunas personas no representaron un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, como indica Andrés Ibáñez, la condena por calumnias no era posible, puesto que no se había acusado por tal delito.

(53) Sin embargo, parece que esta lógica contradice la definición que dio el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 1997 (ponente García-Calvo y Montiel), «caso mesa nacional de HB». En aquella resolución, la Sala Segunda estableció que «la libertad de expresión, y en aras de evitar su instrumentación como pretexto, podría definirse como “el derecho al disenso razonado”».

tal postura se confirma del todo cuando la sentencia formula el ulterior motivo por el que considera que las declaraciones vertidas por De Juana no quedan amparadas por la libertad de expresión. En efecto, según afirma, nada tiene que ver el hecho de que los nombramientos de las personas a las que se hacía referencia en los artículos objeto de enjuiciamiento fueran de dominio público, puesto que éstos «fueron confeccionados por un interno miembro activo de la organización terrorista ETA, destacado por sus rígidos posicionamientos y su amplio currículo criminal dentro de aquella» (54).

Así las cosas, pese a que suele afirmarse que en el fenómeno terrorista lo censurable no son los fines perseguidos, sino los medios utilizados, ya que en una democracia cualquier idea puede ser defendida sin necesidad de recurrir a la violencia (55), esta sentencia conlleva que tan repetidas palabras queden en papel mojado, puesto que un condenado por terrorismo no tiene derecho a la libertad de expresión ni a hacer crítica política.

#### B) LA PERTENENCIA A BANDA ARMADA TERRORISTA

La acusación popular mantuvo la petición de condena por un delito de integración en organización terrorista, que el Tribunal descartó para no vulnerar el principio «*non bis in idem*». A su juicio, «el carácter permanente o prolongado en el tiempo del delito de pertenencia a banda armada», que no cesa «hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida», impedía su apreciación en este supuesto. Así, prosigue la sentencia, un sujeto condenado como miembro de banda armada no puede volver a come-

---

(54) No obstante, la STS de 29 de noviembre de 1997, «caso mesa nacional de HB», establece que «los límites de una pura manifestación ideológica coincidente con la del grupo terrorista ETA, (...) tendría cabida en el ejercicio de la libertad de expresión como contenido de una simple reivindicación política, por más que ésta rebase la declaración programática estatutaria de la formación política que asume tales postulados».

(55) Cfr. FERRACUTI, *Terrorismo Internacional*, p. 172; SORIANO SORIANO, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», p. 185; y GONZÁLEZ CUSSAC, «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», p. 72, cuando afirma que el Derecho Penal no criminaliza el terrorismo por sus ideas ni por sus finalidades perseguidas, sino por «los medios violentos empleados, como tantas veces han repetido jurisprudencia y doctrina». También MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 18, pone de relieve que «la violencia, aun pretendidamente justificada por una finalidad política, es inadmisibles en una sociedad democrática que, por ello, dispone de instrumentos jurídicos que permiten el cambio, el progreso y el desarrollo a través de la persuasión política». En este sentido, REINARES, *Terrorismo Global*, p. 22, considera que «el terrorismo supone siempre un extremismo en los medios, pero no necesariamente de los fines».

ter este delito hasta que ponga fin a esa etapa de pertenencia por la que se le castigó, mediante el cese voluntario, la expulsión o por razón de un hecho de fuerza mayor, y se adopte «posteriormente una renovada decisión de integrarse, otra vez, en una organización o banda terrorista». Por tanto, sólo en estos supuestos existe una ruptura formal con la banda y puede castigarse por volver a formar parte de aquélla, lo que no ocurre en el «caso De Juana Chaos» puesto que dicho sujeto nunca dejó de pertenecer a ETA. Ahora bien, la STS de 19 de julio de 2003 (ponente Soriano Soriano) cita como ejemplo de caso de fuerza mayor que rompe o cierra la situación delictiva previa en el delito de integración en banda armada, precisamente, *la condena por dicho delito* (56). Sin embargo, la Audiencia consideró que «el dictado de una sentencia condenatoria puede *no afectar para nada a la voluntad del sujeto de continuar abrazando al ideario y fines de la organización terrorista, así como a la utilización de medios violentos para llevar a cabo la consecución de los mismos*» (57).

Tal manera de argumentar de la Audiencia Nacional conduce a plantear la cuestión de la pertenencia ideológica. Aunque la solución de no apreciar tal delito es correcta, no me lo parecen las razones. A mi juicio, no es posible el castigo de la simple pertenencia ideológica, y la consideración de Iñaki de Juana como miembro de tal organización terrorista se basa, como dice textualmente la propia sentencia, en «su adhesión a una ideología patógena» y en que «en su fuero interno [se] continúa sintiendo partícipe y vinculado» a ETA, puesto que es difícil que una persona privada de libertad, y «bajo la tutela directa de las instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos» (58). Es decir, la sentencia está admitiendo que la mera adhesión ideológica al sistema que representa la organización terrorista es suficiente como título de imputación en el delito de pertenencia a ban-

---

(56) Este fue el argumento alegado por la acusación popular para que se condenase por tal delito.

(57) Cursiva añadida.

(58) La sentencia dice textualmente: «resulta realmente complicado que una persona que se encuentra en situación de prisión, y por tanto, bajo la tutela directa de las instituciones del Estado, mantenga una vinculación o disposición tal con la banda terrorista que le permita la realización de actos concretos, *más allá de su propia adhesión a una ideología patógena* sustentada en una actividad terrorista y a los postulados por aquélla sostenidos». Es decir, el hecho de autodenominarse preso «político vasco» y de referirse al «M.L.N.V», ponen de manifiesto «que el imputado sigue compartiendo los postulados de la banda terrorista, e incluso que *en su fuero interno [se] continúa sintiendo partícipe o vinculado a ella*» (negrita añadida).



da armada (59). Sin embargo, siguiendo a Silva Sánchez (60), el acto delictivo concreto «debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate», puesto que esta forma de imputación es más respetuosa con el Derecho penal del hecho y se aleja del Derecho penal de excepción. Desde esta concepción, es necesario que se realicen *conductas* que contribuyan a las actividades delictivas de la banda armada, esto es, que el perteneciente sea un miembro activo de la organización (61), para la atribución de responsabilidad (62). Lo contrario, esto es, aceptar que es suficiente para integrar el delito de pertenencia a banda armada una declaración que ponga de relieve que en el fuero interno se mantiene o se abraza un ideario criminal, nos sitúa en la órbita del Derecho penal de autor (63),

---

(59) De este modo, se basa en la idea de que De Juana es «parte de un sistema asocial», que, en cuanto tal afectaría a la paz pública». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿“Pertenencia” o “intervención”?», pp. 1076 ss., con ulteriores referencias.

(60) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿“Pertenencia” o “intervención”?», pp. 1077-1078.

(61) Pese a que la sentencia califica a Iñaki de Juana como miembro o militante activo de tal organización (en dos ocasiones dice de él que es un *miembro activo* de una banda armada, y en otras dos ocasiones lo denomina *militante en activo* de ETA). Sin embargo, si la Audiencia Nacional parte de la pertenencia ideológica del sujeto activo para considerarlo miembro de organización terrorista no puede calificar a dicho sujeto como miembro o militante activo.

(62) En este sentido se manifiesta la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», la cual establece que la mera simpatía ideológica, «no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada».

(63) Y ello aunque se considere que la afirmación que declara la adhesión a una ideología patógena implica una «manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva del autor». PASTOR MUÑOZ, «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?», pp. 533-534; ÍDEM, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, pp. 61 ss., legitima el delito de pertenencia a una organización criminal en estos términos, esto es, considera que «el comportamiento de quien se hace miembro de una organización [determinada] no es perturbador porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta como peligroso». Sin embargo, a juicio de esta autora, tal planteamiento no significa una vuelta a un Derecho penal de autor puesto que respeta la «exigencia de que el comportamiento tipificado constituya una “perturbación social”»: «el acto de comunicación de la peligrosidad subjetiva del autor constituye una verdadera perturbación social y la pena es una respuesta a ese acto de comunicación, no a la peligrosidad subjetiva cuya existencia se comunica», afirma (*Los delitos de posesión y los delitos de estatus*, p. 63). Ahora bien, ¿cuándo una «manifestación seria de peligrosidad subjetiva» constituye un hecho perturbador? Según indica, «en el caso de la pertenencia a organización terrorista, el comportamiento del autor consistente en adoptar el estatus de miembro es una manifestación inequívoca de su disposición a cometer delitos» («El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?», pp. 534-535). Sin embargo, si el sujeto declara que es miembro ideológico de una organización (o ello se desprende de sus afirmaciones), ¿está adoptando el estatus de miembro y, por tanto, realizan-

es antiliberal, puesto que castiga los actos internos (64) y cuestiona los fundamentos de un Estado democrático (65).

Además, la doctrina de la pertenencia ideológica conlleva el siguiente problema: si De Juana Chaos o cualquier otro sujeto condenado en su día por pertenencia a organización terrorista que haya mani-

---

do una manifestación suficientemente seria de «su disposición a cometer delitos»? Si su respuesta fuera afirmativa, tal planteamiento es Derecho penal de autor puesto que dicha declaración no tiene entidad objetiva suficiente como para que la sociedad pueda creer que ese sujeto cometerá delitos en el futuro y, por tanto, para perturbarla. Dicho de otro modo: para que una persona adopte el estatus de miembro, esto es, para que sea miembro de una organización terrorista tiene que hacer algo más que manifestar su ideología. En mi opinión, la teoría elaborada por PASTOR MUÑOZ pertenece al Derecho penal del hecho sólo si considera que la única declaración de voluntad relevante es aquélla de la que explícitamente se desprende que un sujeto se pone a disposición de una banda armada para realizar cualquier conducta que ésta necesite, tiene la posibilidad de hacer lo que promete y puede probarse que a raíz de tal manifiesto la organización se autogestionó contando con esa aportación. Es decir, sólo si una persona declara expresamente su voluntad de estar dispuesto a actuar en el seno de una organización terrorista, se demuestra que puede hacerlo y se prueba que la banda armada aceptó el ofrecimiento y se autogestionó contando con él, dicha manifestación integrará el delito de pertenencia. De este modo, si una persona está en prisión y todavía le quedan muchos años por delante de cumplimiento, decir que su mayor deseo es ayudar a la banda en el futuro no es constitutivo de un delito de pertenencia puesto que objetivamente no es posible que la organización pueda contar con su aportación. Y, si pese a poderse realizar aquello prometido, la organización terrorista no toma en consideración el ofrecimiento o no se puede probar su aceptación, podrá plantearse, como mucho, una tentativa de pertenencia. Sin embargo, pese a que *lege ferenda* me parece posible castigar la tentativa de un delito de mera actividad (véase sobre esta cuestión ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 94 ss.; y POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, pp. 36-37), puede interpretarse que el tenor literal del artículo 16.1 CP lo impide al incluir en la definición de tentativa los actos que deberían producir el *resultado*, ya que en los delitos de mera actividad tal resultado no existe (en contra de esta opinión véase ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, pp. 96-97, con ulteriores referencias). Según este autor, «el marco semántico de la acepción “resultado” no parece muy claro en la dogmática penal actual», sino que puede entenderse de tres maneras distintas, y se decanta por la acepción de «resultado típico», «consistente en la completa realización del tipo legal de la Parte Especial». Sin embargo, pese a que es cierto que literalmente pueden mantenerse ambas posturas, teniendo en cuenta que los delitos de actividad suponen un significativo avance de las barreras de punición, no castigar su forma intentada es la interpretación que me parece más respetuosa con determinados principios político-criminales como el de intervención mínima.

(64) Como pone de relieve FERRAJOLI, «La legge sulla dissociazione», p. 271, dar relevancia a la conciencia de un penado, «contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos».

(65) Como afirma FERRACUTI, en *Terrorismo Internacional*, p. 172, el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que «en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que alguien usa la violencia para imponerlas a los demás», lo que debe censurarse.

festado que nunca abandonó los postulados ideológicos de aquella salen de prisión y realizan de nuevo actos materiales en favor de la banda armada, no podrán volver a ser condenados por aquel delito. Sólo se les podrá castigar si llevan a cabo actos directamente vinculados con otras figuras delictivas, esto es, si se pueda probar su autoría o participación en un hecho delictivo concreto, consumado, intentado o en fase de preparación (66).

a) *Derecho penal de autor: el castigo a partir de la pertenencia ideológica*

De la sentencia se desprende la vuelta a un Derecho penal de autor, aunque la propia Audiencia Nacional afirma que no es así. Es cierto, como acabo de indicar, que De Juana Chaos no es condenado por pertenencia. Sin embargo, en mi opinión, el castigo por el delito terrorista de amenazas se fundamenta, en realidad, en lo que el acusado ha sido y en lo que es, y no en sus actos concretos. La calidad del sujeto activo, esto es, el hecho de que De Juana sea un activo miembro de ETA, «condenado por numerosas acciones terroristas» que «en ningún momento ha mostrado ni arrepentimiento ni intención de resocialización alguna» (67) constituye la razón de ser de la condena, puesto que en su conducta no había peligrosidad objetiva alguna.

b) *¿Por qué hacer referencia a la colaboración?*

En un pasaje de la sentencia, se afirma que la conducta del condenado «podría englobarse en un acto de colaboración, entendida como la contribución a la estrategia de la banda terrorista, (...), mediante la ejecución de un delito de amenazas terroristas». A su juicio, quien contribuye a la consecución de los objetivos de una organización terrorista, *aunque no pertenezca a ella*, está «aportando elementos favorecedores de aquella actividad» y, por tanto, está realizando un acto de colaboración. Sin embargo, la Audiencia Nacional no castigó por dicho delito al considerar que el delito de amenazas terroristas absorbía al artículo 576 CP.

---

(66) No sigue esta línea la posterior SAN de 2 de febrero de 2007 (ponente Fernández Prado) que considera a Henri Parot miembro de organización terrorista, pese a que ya había sido condenado en el pasado por este delito, puesto que dicho sujeto «reanudó una pertenencia en ETA activa y eficaz»; ni la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos», que establece que si este sujeto, una vez en libertad, «se integra en ETA, puede otra vez ser enjuiciado por este mismo delito, al ser hechos diferentes los relativos a su otra incorporación a tal organización terrorista».

(67) La referencia a quién es y a quién ha sido el sujeto activo está presente en toda la sentencia.

Ahora bien, un sujeto que pertenece a organización terrorista, ¿puede ser sujeto activo del delito de colaboración con banda armada? Es decir, ¿se puede pertenecer y colaborar a la vez? Según afirman correctamente (68) la doctrina unánime (69) y los Tribunales (70), los actos de colaboración sólo pueden realizarse por los sujetos que no pertenezcan a una banda armada. En una organización terrorista, o se es miembro o se es colaborador, pero una misma persona no puede ostentar ambos roles o condiciones.

### C) REFERENCIA A LA DESPROPORCIÓN DE LA PENA

Por último, quisiera hacer referencia al carácter desproporcionado de la pena impuesta (71), aunque aquél no se debe al modo de operar del Poder Judicial sino a los preceptos de nuestro Código Penal.

Los delitos de terrorismo tipificados en los artículos 571 a 574 CP parten de los delitos comunes, pero tienen prevista mayor pena que

---

(68) LLOBET ANGLÍ, «Los delitos de terrorismo en el Código penal español», p. 142.

(69) Véanse CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 74; CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 1391; GARCÍA ARÁN, en CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 2616; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 4902; LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 715; MIRANDA STRAMPES, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, p. 1972; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 910; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1040; SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», p. 82.

(70) Por ejemplo, la SAN de 24 de junio de 1999 (ponente Fernández Prado) sostiene que el tipo de colaboración «requiere que el sujeto no sea integrante» (*negrita añadida*).

(71) Cuestión a la que la propia sentencia hace referencia cuando dice que la pena de 12 años y 7 meses «en principio pudiera parecer desproporcionada». Sin embargo, considera con razón que los mecanismos para paliar dicha desproporción no son dejar impune la conducta, sino plantear una cuestión de inconstitucionalidad, proponer al Ejecutivo la concesión de un indulto parcial o acudir en su caso a los beneficios penitenciarios. En este sentido, es significativa la sentencia de la Audiencia Nacional que a mediados de septiembre de 2006 condenó a Iñaki Bilbao a dos años de prisión por un delito de amenazas dirigidas contra el Juez Baltasar Garzón. En tal resolución, dicho Tribunal criticó la actuación del fiscal del caso, por haber rebajado de doce a dos años la petición de cárcel al considerar que la pena prevista para el delito terrorista de amenazas era la misma que corresponde a un homicidio y, por tanto, desproporcionada (información obtenido de la prensa puesto que esta sentencia no está disponible en ninguna base de datos; véase *El Confidencial* de 13 de septiembre de 2006, [www.elconfidencial.com](http://www.elconfidencial.com)).

éstos por el hecho de realizarse en el ámbito de dicho fenómeno. Los delitos de terrorismo se caracterizan porque su comisión no sólo afecta a los bienes jurídicos individuales atacados, sino también, en un plano simbólico (72), a los «elementos esenciales de la organización o convivencia social recogidos en la Constitución» (73). De este modo, y en general, tal agravación es acertada puesto que tales conductas tienen mayor contenido de injusto, por lo que la pena ha de ser superior a la prevista para los correspondientes delitos comunes.

No obstante, cuestión distinta es «cuánto más» hay que castigar. No me parece legítimo, por vulnerar los principios de proporcionalidad y responsabilidad por el hecho, el aumento que se produce respecto a determinados tipos, especialmente en los delitos de lesiones no agravadas por el resultado, detenciones ilegales, amenazas y coacciones previstas en el artículo 572.1.3.º CP y en algunas modalidades de tenencia y tráfico de armas y explosivos castigadas en el artículo 573 CP. Pasar de una *pena de multa* a una privativa de libertad igualable a la de un homicidio común, esto es, *pena privativa de libertad de diez a quince años*, sólo porque el sujeto activo está relacionado con el fenómeno terrorista –como sucede, por ejemplo, en el ámbito de las coacciones (art. 172 CP) o de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP)–, es una previsión que no proviene de considerar la gravedad del hecho cometido, sino de tener presente la personalidad del autor, y es desproporcionada.

### 3. La STS de 26 de febrero de 2007

Tanto la representación del procesado como la acusación popular interpusieron recurso de casación contra la SAN de 8 de noviembre de 2006. De este modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García), estimando en parte el recurso de Iñaki de Juana Chaos, le ha rebajado la pena impuesta de 12 años y 7 meses a 3 años de prisión. A juicio de la Sala Segunda,

---

(72) CANCIO MELIÁ, en *Derecho penal del enemigo*, p. 131. Téngase en cuenta que si la organización terrorista llegara a poner en peligro real la propia existencia del Estado democrático de Derecho nos situaríamos en el estado de excepción y se pondrían en funcionamiento los mecanismos previstos para estas situaciones, los cuales también entrarían en funcionamiento por otros motivos y, en consecuencia, no están vinculados de manera específica con el fenómeno terrorista. Por tanto, la lesión a este sistema de Estado es *simbólica*. En sentido similar, véase SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», p. 79.

(73) CANCIO MELIÁ, «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo», pp. 23-24.

algunas de las declaraciones vertidas por dicho sujeto en los mencionados artículos periodísticos son constitutivas de un delito de amenazas (no terroristas) (74) tipificado en el artículo 170.1 CP en relación con el artículo 169.2 CP (amenazas no condicionales) en concurso ideal con un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo descrito en el artículo 578 CP (75). Concretamente, para apreciar el delito de amenazas, se basa en la parte final del escrito titulado «El Escudo», donde, según dicho Tribunal, De Juana conmina a determinados colectivos competentes de la lucha contra ETA a sacar sus «sucias manos de Euskal Herria» si no quieren quedarse sin ellas (76). Y, el castigo por apología del terrorismo lo extrae de unas manifestaciones vertidas en la carta «Gallizo», en las que, a juicio de la Sala Segunda, dicho sujeto alaba al colectivo de presos etarras y justifica sus crímenes.

#### A) EL DELITO DE AMENAZAS DIRIGIDAS CONTRA UN COLECTIVO

El artículo 170.1 CP castiga las amenazas de mal constitutivo de alguno de los delitos previstos en el artículo 169 CP, cuando éstas fueran dirigidas a «atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo». La pena prevista es la superior en grado a las que establece el artículo 169 CP, esto es, de 5 a 7 años y medio si la amenaza es condicional y de 2 a 3 años y medio si no se impone ninguna condición.

---

(74) El Tribunal Supremo no ha apreciado las amenazas en su modalidad terrorista (art. 572.1.3.º CP), puesto que para ello el sujeto activo tiene que pertenecer o colaborar con banda armada u organización terrorista, lo que, a su juicio, no sucedía en este caso.

(75) A esta sentencia se le formulan tres votos particulares. El primero, suscrito por el magistrado Julián Sánchez Melgar, discrepa del criterio mayoritario en dos extremos: a su juicio, las amenazas vertidas por De Juana tuvieron el carácter de condicionales, por un lado, y, por el otro, considera que entre los delitos de amenazas y enaltecimiento del terrorismo apreciados en este caso existe una relación de concurso real, y no, como califica la mayoría, de concurso ideal pluriofensivo (el magistrado José Manuel Maza Martín se adhiere al voto particular en lo referente a esta segunda discrepancia). El segundo está suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García, quien considera que De Juana Chaos debió haber sido absuelto. Del mismo modo, llega a esta conclusión, aunque mediante otros razonamientos, el voto particular formulado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

(76) Curiosamente, la Audiencia Nacional sólo hace referencia a esta expresión de paso, aunque es la única que tiene una estructura de amenazas.

Este delito ha tenido escasa relevancia práctica desde su tipificación (77). En concreto, sólo cuatro resoluciones hacen referencia a él (78). En concreto, dos son sentencias que estiman la aplicación de este delito, aunque sólo una en el ámbito del terrorismo (79), y respecto a las restantes, una es un auto desestimatorio de querrela (80) y la otra es una sentencia absolutoria (81).

A juicio de la Sala Segunda, la siguiente afirmación: «Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria. ¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimientos! O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas», reúne los requisitos para apreciar esta modalidad de amenazas: en primer lugar, el mal con el que se conmina es constitutivo de delito puesto que se expresa «con la metáfora quedarse sin manos»; en segundo lugar, la frase amenazante se dirige contra los colectivos de «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura [y] carceleros sin escrúpulos», a los que De Juana hace referencia en el propio artículo; y, en tercer lugar, por su contenido y contundencia, la amenaza es calificada de grave e idónea para atemorizar a estos colectivos, los cuales «tienen relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional

---

(77) El antecedente de este delito se encontraba en el artículo 496 CP'73, que fue introducido en aquel cuerpo legal por la legislación antiterrorista de 1978 (Ley 82/1978, de 28 de diciembre). Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la dicción de este precepto ha sido modificada por la LO 2/1998, de 15 de junio, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que amplió el «ámbito de personas protegidas frente a las amenazas terroristas» (cfr. la exposición de motivos de la propia ley).

(78) La búsqueda la he realizado en la base de jurisprudencia Aranzadi [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), mediante la opción del tesoro.

(79) Véanse la SAP-Almería de 20 de octubre de 1999 (ponente Ruiz-Rico Ruiz-Morón), que condena a un sujeto que, estando ingresado en un hospital durante el período comprendido entre los días 27 de abril al 19 de mayo de 1999, hizo objeto de amenazas de muerte de forma reiterada a todo el personal del servicio médico en cada ocasión en la que cualquiera de ellos acudía a atenderle (no deja de llamar la atención que siendo el origen de este delito una legislación antiterrorista se haya acabado aplicando en este supuesto, en el que también se apreció una eximente incompleta por enajenación mental); y la STS de 28 de junio de 1986 (ponente Huerta y Álvarez de Lara), ésta sí, en el ámbito del terrorismo.

(80) Véase el ATS de 25 de julio de 2001 (ponente Marañón Chávarri) que desestima la querrela interpuesta contra el anterior presidente del Gobierno, José María Aznar por delito de amenazas dirigidas contra un colectivo por la siguiente expresión realizada en una entrevista mantenida en el diario *El Mundo* el 8 de octubre de 2000: «Los actuales dirigentes del PNV no se pueden ir de rositas, y los de HB tienen que acostarse sin saber si van a levantarse entre rejas».

(81) Véase la SAP-Guipúzcoa de 11 de julio de 2001 (ponente Ortiz de Zárate). Los hechos de esta sentencia están explicados *infra* en el texto de este apartado.



o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA» (82).

Sin embargo, puesto que esta figura es una modalidad agravada del delito de amenazas de mal constitutivo de delito (83), los requisitos que tienen que concurrir para aplicar el artículo 170.1 CP son los mismos que los que se exigen en el artículo 169 CP (84). De este modo, para apreciar el delito de amenazas dirigidas contra un colectivo falta, al igual que ocurre para la calificación de amenazas a un individuo concreto, el requisito de que el mal anunciado dependa de la voluntad de quien amenaza, puesto que De Juana no podía «por si sol[o], por carecer de medios para ello, desplegar una fuerza en sentido estricto de acciones violentas contra las instituciones a las que dirig[ía] su crítica en relación a la política por ellas desarrollada con el pueblo vasco y el mal anunciado».

Este es el argumento del que se sirve la SAP-Guipúzcoa de 11 de julio de 2001 (ponente Ortiz de Zárate) para absolver a la acusada de este delito, quien, como miembro de *Jarraí*, realizó las siguientes manifestaciones en una rueda de prensa: «si quieren guerra, pues la van a tener, porque está demostrado que aquí, luchando, peleando, es la única manera y es muy triste decirlo, pero es la única manera que tenemos de conseguir la paz» (85).

---

(82) En cambio, el magistrado Joaquín Giménez García, en su voto particular a la sentencia que nos ocupa, considera que la expresión «“... o el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas (las manos)...”», es un lenguaje figurado porque al final –según el recurrente–, la historia acreditará que los postulados de ETA triunfarán y fracasarán los que se oponen a ello». Por esta razón, considera que no existen «la concisión, seriedad y concreción exigibles para el delito de amenazas a colectivos genéricamente determinados». También el voto particular suscrito por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la misma sentencia pone de relieve que esta expresión es una metáfora y que la amenaza de amputación también podría estar haciendo referencia simbólica a «una multitud indeterminada de sujetos institucionales». Por esta razón, la considera demasiado inconcreta para que pueda operar sobre ella «el *ius puniendi*, en los términos de taxatividad y rigor que reclama el principio de legalidad penal del Estado constitucional de derecho».

(83) Como pone de relieve BARQUÍN SANZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 175, «el sentido agravatorio de la norma está expresado a través de las “penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”».

(84) En este sentido, véase el ATS de 25 de julio de 2001 (ponente Marañón Chávarri), y, en la doctrina, DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 198. Sin embargo, hay que poner de relieve que la sentencia objeto de este comentario establece que el mal al que se refiere el artículo 170.1 CP ha de ser constitutivo de cualquier delito, y no sólo «de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior».

(85) Este delito, en el ámbito del terrorismo, es aplicable, por ejemplo, a Bin Laden o a otros miembros de *Al Qaeda* por las amenazas realizadas contra los EE.UU. o sus aliados, anunciándoles la perpetración de nuevos atentados, que aparecen en grabaciones

Además, este requisito también puede vincularse con el de la gravedad necesaria para conseguir la finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, exigido por el tenor literal del artículo 170.1 CP. Según indica la propia sentencia, dicho elemento conlleva que en las amenazas tipificadas en este precepto ha de concurrir «la idoneidad o aptitud para atemorizar». Ahora bien, con los datos de los que disponían las víctimas (o podían disponer) en el momento de publicarse las citadas epístolas, no era racionalmente posible creer que un sujeto que no pertenecía a la organización terrorista ETA –como la propia sentencia considera al absolver a De Juana por este delito y por el de amenazas terroristas–, y que se encontraba privado de libertad pudiera realizar amenazas *aptas* para atemorizar a determinados colectivos con un mal que debería ejecutar algún miembro de aquella banda armada (86).

## B) EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

Como es sabido, el Código Penal de 1995 regula, en su artículo 18.1.II, la figura tradicional de la apología, esto es, la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Sin embargo, la configura como una modalidad de provocación exigiendo que para ser punible tiene que constituir una provocación directa a la comisión de un delito.

Por esta razón, la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal (...), en relación con los delitos de terrorismo, introdujo el artículo 578 CP que castiga «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución» (87).

Como se desprende de su tenor literal, este precepto castiga lo que doctrina y jurisprudencia denominan apoyo o solidaridad moral o ideológica (88) con determinadas acciones delictivas o colaboración espiritual o anímica (89).

---

televisadas. Por tanto, en estos casos, debería apreciarse el delito terrorista de amenazas dirigido contra una colectividad (art. 572.1.3.º CP en relación con el art. 170.1 CP).

(86) En sentido prácticamente idéntico se pronuncia el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos».

(87) La exposición de motivos de esta ley pone de relieve que las conductas tipificadas en el artículo 578 CP son independientes de lo dispuesto en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

(88) Véase el ATS de 23 de mayo de 2002 (ponente Andrés Ibáñez). En la doctrina, REBOLLO VARGAS, «La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento», p. 38; y DEL ROSAL BLASCO, «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», p. 205, describen la tradicional figura de la apología como «adhesión ideológica».

(89) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 195.

Según la sentencia que nos ocupa, en la carta «El Escudo», De Juana ensalza a los presos etarras, por un lado, y por el otro, justifica los crímenes por los que estos sujetos fueron condenados. A juicio del Tribunal Supremo, en tal epístola existe un tono apologético «respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales éstos ingresaron en prisión».

Ahora bien, en lo referente al enaltecimiento de los *autores de los delitos de terrorismo*, existe el siguiente problema para apreciar su concurrencia: la sentencia basa el castigo en el repetido «tono de alabanza» con el que De Juana se refiere a «los más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones». Por tanto, no enaltece a estos sujetos en su condición de autores de delitos de terrorismo, sino en la de presos, por el hecho de no haber sucumbido al ideario del Estado español pese a encontrarse cumpliendo condena. De Juana, en este punto, exclama su satisfacción porque ninguno de ellos se ha sometido a la resocialización, teniendo en cuenta que en el propio artículo pone de relieve que «resocializar en el sentido utilizado por el enemigo implica la derrota y la captación de los contravalores que de tan magnífica manera representan todos los López Aguilar, Zapatero y Gómez Bermúdez».

Imaginemos otro ejemplo: un sujeto alaba la actitud de los presos detenidos en la base militar de Guantánamo, no por haber atentado contra «los enemigos infieles» (razón de su custodia), sino por no estar cediendo a los abusos de sus guardianes. En mi opinión, esta persona no está alabando a dichos presos en su condición de «autores de delitos de terrorismo» sino en la de detenidos que no sucumben a las prácticas de interrogatorio norteamericanas para obtener información.

Respecto a la justificación de los crímenes cometidos por los presos etarras, la Sala Segunda infiere que cuando De Juana dice que éstos «tienen el escudo de la razón», «está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados». Sin embargo, tal afirmación, en el contexto del párrafo en que se inserta, va referida a una razón política o ideológica, puesto que si los presos etarras no se han reinsertado en el sentido de asumir las ideas del Estado español es «porque [tienen] el escudo de

la razón». Y, en este sentido, la STSJ-País Vasco de 17 de mayo de 2004 (ponente Ruiz Piñeiro) establece que cuando no está claro el alcance de determinadas declaraciones, la presunción de que éstas son políticas cabe antes que otras presunciones de distinta índole; es decir, «antes ha de presumirse que [unas expresiones] son políticas que de otro tipo».

Además, es dudoso que la persona que ha realizado el hecho delictivo objeto de alabanza o justificación pueda incurrir en la conducta tipificada en este precepto, si no que más bien tiene que considerarse un acto posterior impune. Parece obvio que quien ha cometido un delito de los calificados como «de terrorismo» va a justificar y elogiar su conducta y, por ende, la de otros sujetos que hayan actuado de igual modo o formen parte del mismo colectivo. En mi opinión, el autoensalzamiento o la autojustificación no pueden ser comportamientos típicos, es decir, no puede ser sujeto activo de este delito quien haya cometido el hecho elogiado o justificado (90). Sin embargo, no comparte esta idea la STS de 31 de diciembre de 1983 (ponente Rodríguez López), puesto que según indica «aunque normalmente la apología se refiere a conductas ajenas, las propias pueden exceder de la simple justificación —que por otra parte suelen ofrecer la mayoría de los delincuentes como exculpación de sus crímenes—, sino que además se alaba, ensalza, se aprueba, elogia y defiende tales conductas sin que aparezca en su redacción el más mínimo indicio de arrepentimiento». Sin embargo, con esta argumentación está afirmando que es posible castigar a un sujeto por el mero hecho de no arrepentirse, lo que en nuestro sistema de Estado no es de recibo.

---

(90) En este sentido, BELLOCH JULBE, «Libertad de expresión y violencia. La apología», p. 49, considera que la apología «alude a la conducta o a la persona de un tercero, sin que la autoapología esté prevista en ninguno de los textos legales como una conducta típica, viniendo a ser, (...), una *contradictio a terminis* su mera enunciación». Y, añade que «tales mecanismos de autojustificación o autoelogio son en nuestro marco legal impunes por atípicos de forma análoga a lo que ocurre en la generalidad de los casos, y salvo expresa previsión legal en contrario, con los supuestos de autoencubrimiento, por cuanto ese tipo de conductas quedan habitualmente absorbidas por la autoría». También parece que sigue esta línea aunque de manera algo confusa RUIZ LANDÁBURU, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, p. 51, cuando sostiene que «debe entenderse que esas conductas de autoelogio del hecho delictivo por su autor, deben quedar consumidas por el tipo que castiga el delito. No obstante, ello no excluye que la conducta sea típica y, desde luego, de ninguno de los preceptos que regulan la apología puede extraerse la conclusión de que queda excluido como autor de este delito el autor de la infracción objeto de la misma».

Por último, sin entrar a analizar si este delito tiene un fundamento legítimo (91) ni si vulnera la libertad de expresión (92), conviene mencionar que la exposición de motivos de la citada ley afirma lo siguiente: «No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos».

Por tanto, en el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, lo penalmente reprochable es la adhesión a los métodos terroristas, esto es, a la violencia, a los delitos cometidos para alcanzar un determinado fin, a sus actividades, pero no a la finalidad perseguida por dicha metodología (93). De Juana, en los artículos periodísticos origen

---

(91) Sobre esta cuestión, PRATS CANUT Y RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2.504, ponen de relieve que la opción de interpretar el artículo 578 al margen de la definición legal de la apología añade «más dudas a las ya existentes acerca de la idoneidad en términos de garantías» puesto que se aparta «de la senda de tutela de bienes jurídicos y niega el principio de ofensividad»; también CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG., ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1050, considera que la fórmula del artículo 578 es de «indefendible constitucionalidad», puesto que este precepto contiene «un concepto extensivo de apología que contradice abiertamente la regulación de la Parte General, constituyendo, por tanto, una excepción a lo allí dispuesto»; y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 912, cuando dice que el artículo 578 plantea serias dudas de constitucionalidad puesto que no atiende a los límites de la apología, como forma de incitación directa a cometer un delito.

(92) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 215-216. Consideran que este precepto puede ser «objeto de crítica desde la perspectiva de la delimitación del derecho a la libertad de expresión» COBO DEL ROSAL, QUINTANAR DÍEZ, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 1136. Más contundentes, CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN, BOIX REIG., ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 1.050, indica que este artículo «es una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir»; y PRATS CANUT, RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2504.

(93) Como afirman el ATS de 23 de septiembre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) y la SAN de 27 de abril de 2006 (ponente Sánchez Martínez), los «actos de “enaltecimiento o justificación”, tienen que (...) inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto» (*negrita añadida*). Las manifestaciones han de expresar identificación con las actividades y los métodos de actuación de una organización terrorista (SAN de 27 de abril de 2006).

de este caso, en ningún momento enaltece ni justifica los delitos de terrorismo o sus autores. Simplemente, se adhiere al ideario de la organización terrorista ETA, esto es, expresa «un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante» (94), y critica a diversas autoridades y funcionarios públicos y a la política penitenciaria seguida por el Gobierno de Zapatero (95).

### III. VALORACIONES

Algunos de los autores que han tenido ocasión de pronunciarse sobre las últimas resoluciones en materia de terrorismo han puesto de relieve que constituyen una derrota para el Estado de Derecho (96).

Siempre se ha afirmado que la lucha contra el terrorismo es necesaria para la preservación del Estado democrático de Derecho (97), y que para que ésta sea efectiva hay que adoptar determinadas medidas excepcionales (98), aunque con ciertos límites (99). Sin entrar a valo-

---

(94) Así lo expresa el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a esta sentencia.

(95) En el mismo sentido, cfr. el voto particular suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García a la sentencia que nos ocupa.

(96) VIVES ANTÓN, «Una sentencia discutible», sostiene, respecto a la decisión del Tribunal Supremo en el «caso Parot», que esta «“interpretación novedosa” no parece una victoria del Estado de derecho, sino más bien una grave claudicación de éste». En el mismo sentido, Paredes Castañón, en una carta al director publicada en *El País* de 16 de marzo de 2006 donde se suma a la opinión de Vives Antón en su artículo periodístico «Una sentencia discutible», considera que esta sentencia es «una derrota del respeto a la Constitución, a la ley y a los derechos fundamentales». Según este autor, «la justicia no debería entender de sentimientos (comprensibles, por lo demás), de oportunidades políticas ni de presión de los medios de comunicación». Sin embargo, añade, el Tribunal Supremo ha puesto «todas estas cosas por delante del respeto a la ley y al Derecho. Y por ello, nuestro Estado de derecho es hoy un poco más débil y se halla un poco más en peligro que antes de dicha decisión». Respecto al «caso De Juana», véase DE LA CUADRA, «De Juana y los jueces», y también el voto particular suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García a la STS de 26 de febrero de 2007, «caso De Juana Chaos».

(97) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 22.

(98) En este sentido, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/1979 ponía de relieve que «la excepcional entidad del ataque terrorista obliga a adoptar medidas excepcionales para salvaguardar el sistema democrático». Cfr., en la doctrina, RAMOS VÁZQUEZ, «Terrorismo e intervención penal», p. 100, cuando dice que «la legislación antiterrorista es de carácter excepcional», y pp. 102 y 105; y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 16, 29 y 62.

(99) TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 14.

rar la necesidad de acudir a un Derecho de excepción para la efectividad de la lucha contra este fenómeno –tales consideraciones excederían de lo que se pretende en este comentario, pese a que soy escéptica respecto a esta afirmación–, considero que, sea como fuere, tienen que existir unos límites. El Estado democrático de Derecho debe buscar el equilibrio entre la conservación de tal sistema político y la adecuada respuesta al fenómeno terrorista (100). Por tanto, las estrategias antiterroristas tienen que ser compatibles con las garantías individuales recogidas en la Constitución (101) de todos, también de los etarras –y de los terroristas, en general–, y someterse a la ley vigente en el momento de comisión de los hechos.

Puede discutirse que 30 años de prisión no son suficientes para un sujeto que ha matado a veinticinco personas (102). En este sentido, la pena prevista para estos supuestos desde la LO 7/2003, de 7 de julio, es de 40 años (103). E incluso esta cifra a muchos les puede seguir pareciendo injusta. Por tanto, pueden abogar por la cadena perpetua (104) o

---

(100) Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 17 y 58-59. Y, como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 23, «las democracias encuentran sus posibilidades de defensa recortadas por el respeto a las libertades fundamentales». En el mismo sentido, véase DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 125 ss., cuando explica las diferentes maneras que una sociedad amoral y una sociedad democrática tienen de luchar contra el terrorismo.

(101) MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, pp. 60-61 y 86-87. También TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 23, considera que «el primer objetivo de una estrategia antiterrorista debe ser el mantenimiento de la democracia y el imperio de la ley» y, p. 24, que «no está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas». En el mismo sentido, BECK, *Sobre el terrorismo y la guerra*, pp. 54-55, pone de relieve que corren voces de que las sociedades occidentales escriben seguridad y milicia en mayúsculas y libertad y democracia en minúsculas, lo que equivaldría «a una victoria de los terroristas, ya que los países modernos se privarían espontáneamente de lo que les hace atractivos y superiores: la libertad y la democracia».

(102) Como afirma la prensa, «Iñaki de Juana Chaos, condenado a más de dos mil años de cárcel, de los que sólo debe cumplir un máximo de 30» (28 de enero de 2004, Terra/Agencias, www.terra.es).

(103) Lo que, con razón, ha sido duramente criticado por la doctrina al considerar que tal previsión atenta contra los principios de humanidad y resocialización de las penas (véanse los autores que han tratado esta cuestión en LLOBET ANGLÍ, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas»). Y es que, según los expertos, ninguna pena de prisión debería superar los 15 años, «aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países» (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 131-132).

(104) Si 40 años con el modelo de ejecución actual, introducido por la citada LO 7/2003, no es ya una cadena perpetua. Cfr. LLOBET ANGLÍ, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas», pp. 11 ss., con ulteriores referencias.



incluso por la pena de muerte (105). Sin embargo, cualquiera que sea nuestra legislación en el futuro, nadie puede estar encerrado ni un día más que 30 años por los hechos cometidos bajo la vigencia del Código Penal de 1973 o del de 1995 hasta el 2 de julio de 2003, ni un día más de 40 desde la entrada en vigor de la LO 7/2003. Y cierto es también que la concesión de la redención de penas por el trabajo fue automática y sin control [¿cómo es posible que sujetos condenados por terrorismo se beneficiaran de 12 años de redenciones de penas, y no sólo ordinarias sino también extraordinarias, y no sólo hasta 1995 sino también después, cuando ya estaban derogadas (106)?!]. No obstante, eso era lo que legalmente había y guste o no De Juana Chaos debería haber quedado en libertad cuando terminó de cumplir condena por sus, esto no lo duda nadie, atroces delitos, que provocaron la muerte de veinticinco personas. Esto es un Estado de Derecho.

El terrorismo nos vence cada vez que en su erradicación vulneramos nuestro sistema de Estado (107), puesto que es una paradoja que con la finalidad de protegerlo cualquier medio esté permitido, incluso saltárselo. Como afirma Mestre Delgado (108), «en la legislación antiterrorista, la legislación ha de utilizarse como medio y como fin». Además, con esta forma de proceder el Estado democrático de Derecho regala mártires al terrorismo y les da motivos para seguir luchando. En definitiva, con tal manera de combatir el terrorismo desde la legitimidad democrática, se ha cohesionado lo que tal sistema dice combatir y se han negado en la práctica los principios que dice profesar (109).

---

(105) Aunque desde mi punto de vista la pena capital no es posible en un Derecho penal de un Estado democrático (cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 131-132).

(106) Resulta que el legislador de 1995 quiso acabar con este beneficio, pero posteriormente quien fue el responsable de controlar su concesión a los sujetos que habían delinquido bajo la vigencia del Código Penal de 1973 siguió dándolos sin ningún control.

(107) En el mismo sentido, véase TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 36, quien afirma que el Estado constitucional «cae en la provocación terrorista» cuando cede sus «genuinas señas de identidad garantista». Según VIVES ANTÓN, «Una sentencia discutible», «para quienes creemos que el Estado de derecho no admite fisuras y que es capaz de triunfar frente a sus enemigos sin renunciar a ninguno de sus principios básicos no hay, pues, motivo alguno de alegría, sino más bien de desencanto, de duda y de tristeza». También el voto particular a la STS «caso Parot» considera que «una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales».

(108) MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, p. 87.

(109) SORIANO SORIANO, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», p. 180.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria núm. 232, 6 de marzo de 2003, pp. 11857-11878.
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001.
- ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, «Informe de la asociación profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», en *Actualidad Penal* núm. 23, 7-13 de junio, 1993-I, Doctrina XXIII, pp. 317-329.
- ASUA BATARRITA, Adela, en «El dilema De Juana», en *La Vanguardia* de 27 de enero de 2007.
- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Granada, 2004.
- BARQUÍN SANZ, Jesús, «Artículo 170», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VI, pp. 171-181.
- BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la Guerra*, Barcelona, 2003.
- BELLOCH JULBE, Juan Alberto, «Libertad de expresión y violencia. La apolo-gía», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 33-57.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, 2000.
- *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., Navarra, 2006, pp. 85-152.
- «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio de 2002, pp. 19-26.
- «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1385-1395.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Delitos contra el orden público», en VIVES ANTÓN, Tomás S.; BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, 2004, pp. 1021-1055.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal: Parte General (Lecciones 26-40)*, 2.ª ed., Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Lección 60. Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 1123-1140.

- DEL RÍO FERNÁNDEZ, LORENZO, *El delito de amenazas (En el nuevo Código Penal). Análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y modalidades*, Valencia, 1997.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Lección 7. Delitos contra la libertad II», en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pp. 189-205.
- «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en VIVES ANTON, Tomás y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 185-213.
- *La provocación para cometer delito en el Derecho Español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal*, Madrid, 1986.
- DE LA CUADRA, Bonifacio, «De Juana y los jueces», en *El País* de 18 de noviembre de 2006 (www.elpais.com).
- DERSHOWITZ, Alan M., *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, 2004.
- FERRACUTI, Franco, en DEL CAMPO, Salustiano (dir.), *Terrorismo Internacional*, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, «La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza», en *Questione giustizia*, 1987, núm. 2, pp. 268-277.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, «De los delitos de terrorismo», en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo II, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 2603-2633.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (Coords), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 57-127.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto, «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, Madrid, 1997, pp. 4876-4910.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Tema 22: Delitos contra el orden público», en ÍDEM (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, pp. 689-721.
- LARRAURI, Elena, *Libertad y amenazas*, Barcelona, 1987.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», en *InDret* 1/2007 (www.indret.es).
- «Los delitos de terrorismo en el Código penal español», en YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.), *El crimen organizado*, Buenos Aires, 2005, pp. 125-156.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Apuntes de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot», en *La Ley* de 17 de marzo de 2006 (www.laley.net).
- MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2004.
- MIRANDA STRAMPES, Manuel, «De los delitos de terrorismo: artículos 571 a 580», en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pp. 1967-1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, en la sección cartas al director publicada en *El País* de 16 de marzo de 2006.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, «El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del “peligro del peligro”», en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Montevideo-Buenos Aires, pp. 523-548.
- *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- «Artículos 17 y 18», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo I, pp. 953-975.
- PRATS CANUT, Josep Miquel, «Delitos contra la libertad», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra, 2004, pp. 169-273.
- PRATS CANUT, Josep Miquel y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, «De los delitos de terrorismo», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra, 2004, pp. 2479-2507.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Delitos contra la libertad», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006, pp. 79-96.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 89-126.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997.
- «La apología y el presagio de un futuro inmediato de gran sufrimiento», en *Jueces para la Democracia*, núm. 28, marzo de 1997, pp. 36-38.
- REINARES, Fernando, *Terrorismo Global*, Madrid, 2003.
- RÍOS MARTÍN, Julián, «Realidad penitenciaria: la justicia penal vista desde las consecuencias», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario II*, XVII, CGPJ, 2003, pp. 477-559.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Buenos Aires, 2006.

- RUIZ LANDÁBURU, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.
- SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, «Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de derecho», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, pp. 73-84.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿“Pertenencia” o “intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.), en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 1069-1094.
- SORIANO SORIANO, José Ramón, «El terrorismo y el Tribunal Supremo», en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pp. 177-198.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María GARCÍA ALBERO, Ramón/RODRÍGUEZ PUERTA, María-José/SAPENA GRAU, Francesc, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2005.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988 de reforma del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1988.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., «Una sentencia discutible», en *El País* de 11 de marzo de 2006 (www.elpais.com).



# Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus* (\*)

(Comentario a la STS 350/2005, de 17 de marzo de 2005  
Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta)

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Profesor TEU de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

## I.

1. Con motivo de que el vehículo marca «Audi T 100», de color verde, matrícula K--ER, fue denunciado por un agente de la Policía Local de Rubí por estacionar en zona prohibida en la calle San Cayetano, número 8, de dicha localidad, a las 12:05 horas del día 18 de marzo de 2002, el acusado Augusto, mayor de edad y sin antece-

---

(\*) Abreviaturas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BT: Besonderer Teil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; coord./coords.: Coordinador/coordinadores; CEP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; dir.: Director, directora; ed.: Edición, editor; E. de M.: Exposición de Motivos; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; Jura: Juristische Ausbildung; JW: Juristische Wochenschrift; JZ: Juristische Zeitung; L: Ley; LH-: Libro-Homenaje a; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; párr.: Párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)); reimpr.: Reimpresión; Rev. DP: revista de Derecho penal; Rev. P.: Revista Penal, La Ley; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: Traducción, traducido; STS: Tribunal Supremo; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.



dentes penales, funcionario del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Barcelona y con destino en el cuartel de la calle Provenza de esta ciudad, que era el propietario de dicho automóvil, en fecha comprendida entre el 18 de marzo y el 29 de abril de 2002 se dirigió al también acusado José Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuando este último se encontraba en las dependencias de dicho cuartel de bomberos realizando el retén reglamentario que le correspondía como agente de la Guardia Urbana de Barcelona, número de carné profesional NUM000 adscrito a la Unidad Territorial de l'Eixample, que prestaba servicio de patrulla en bicicleta en el turno de mañana, aprovechando que lo conocía por haber coincidido con él en sus anteriores estancias en dicho lugar, como era habitual, y le solicitó que le entregara una copia de denuncia de estacionamiento antirreglamentario en la ciudad de Barcelona del vehículo propio antes dicho cumplimentada con similares datos temporales de día y hora que los de la denuncia de Rubí, para así poder alegar en el correspondiente expediente administrativo la imposibilidad física de comisión de la infracción de Rubí y poder solicitar con ello la anulación de aquella denuncia inicial, a lo que el agente José Carlos accedió.

Siguiendo entonces las indicaciones concretas de Augusto sobre los datos del vehículo infractor en Rubí, fecha y hora de la presunta infracción que debían hacerse constar, dicho policía relleno el boletín de denuncia C número NUM001 de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Barcelona perteneciente al talonario de boletines reglamentarios que se entregan a tales agentes y que son de uso indistinto por cualquiera de ellos hasta el punto de que se los intercambian entre ellos, redactando dicho boletín en base al supuesto estacionamiento en la acera en la calle Provenza, de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002 del vehículo del acusado Augusto, reseñando el número de código y el artículo de la Ordenanza Municipal de Circulación presuntamente infringido, haciendo constar el número 22.100 como número de Agente de la Guardia Urbana supuestamente denunciante, así como estampando la supuesta firma de éste. El acusado José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia así confeccionada.

En todo caso con el boletín de denuncia así redactado, el acusado Augusto, en fecha 29 de abril de 2002, presentó en el Ayuntamiento de Rubí, en relación al expediente sancionador incoado a raíz de la primitiva denuncia, un pliego de alegaciones al que acompañó una fotocopia de aquel boletín que le fue entregado por José Carlos en el que alegaba que el día y hora en que se formuló la denuncia de la Policía Local de Rubí «ni yo ni el vehículo estábamos en Rubí sino que estábamos en Barcelona en la calle Provenza realizando unas gestiones y

durante el mismo tiempo aproximadamente fuimos denunciados también en Barcelona –adjunto copia de la denuncia de Barcelona–, por tanto creo que debe haber un error en la denuncia de Rubí o debe haber dos vehículos con la misma matrícula», solicitando en atención a dichas alegaciones la anulación del expediente sancionador.

Los hechos fueron descubiertos como consecuencia del reconocimiento de los mismos en las dependencias de la Guardia Urbana de Barcelona por el acusado José Carlos.

2. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.<sup>a</sup>), en Sentencia de fecha 20 de octubre de 2003, condenó a José Carlos como autor criminalmente responsable de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), apreciándose la atenuante muy cualificada de confesión de hechos antes de conocer que el procedimiento judicial se iba a dirigir contra él (art. 21.4.<sup>a</sup> CP). El Tribunal sentenciador impuso al condenado la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante un año, multa de cinco meses, con cuota diaria de 3 euros, para una suma total de 450 euros, con la correspondiente de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, por último, el pago de la mitad de las costas. La Audiencia Provincial de Barcelona también condenó a Augusto como inductor de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), con la atenuante prevista en el artículo 21.4.<sup>a</sup> CP, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante dos años, multa de seis meses con cuota diaria de 3 euros, para un total de 540 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, igualmente, el pago de las costas por mitad.

3. Contra dicha resolución interpusieron los dos condenados, José Carlos y Augusto, sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 350/2005, de 17 de marzo (ponente Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta) declaró no haber lugar al recurso de

casación interpuesto por la representación de José Carlos. Asimismo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Augusto, dictándose, en consecuencia, otra sentencia por la que se rebajó en un grado la pena impuesta en primera instancia al inductor, por aplicación del artículo 65.3 CP.

## II.

4. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de una de las cuestiones que ocupó de forma predominante el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de uno de los acusados, Augusto, así como una parte importante de la fundamentación jurídica de la STS 350/2005, de 17 de marzo, que ahora se comenta. La cuestión no es otra que el tratamiento jurídico que deben recibir los supuestos en los que un *extraneus* participa en un delito especial (1).

5. Varias son las razones que convierten al supuesto de hecho que sirvió de base a la resolución que ahora nos ocupa en un caso de particular interés dogmático.

La primera reside en el hecho de que la intervención del sujeto no cualificado tiene lugar en un delito de falsedad documental cometido por una autoridad o funcionario público. Esto es, en un delito especial *impropio*. Cuando se produce la intervención de un *extraneus* en esta clase de delitos, resulta dudoso, en primer lugar, si el título de imputación por el que debe responder dicho sujeto es el delito especial cometido por el autor, esto es, la autoridad o funcionario público (art. 390 CP), o bien el delito común paralelo cometido por un particular (art. 392 CP). La cuestión no es en absoluto baladí, ya que el delito especial de funcionario tiene asignada una pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, mientras que la pena del delito común paralelo es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Como se verá, que la problemática que acaba de ser planteada deba resolverse en uno u otro sentido dependerá, en esencia, de si el delito de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario público (art. 390 CP) es un delito especial o bien, simplemente, un tipo agravado del delito de false-

---

(1) De este tema ya me ocupé ampliamente en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 395 ss.; ÍDEM, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 175 ss.

dad documental cometida por un particular (art. 392 CP) por razón de las particularidades del sujeto activo.

En segundo lugar, y en el supuesto de que se afirme que el *extraneus* debe responder como partícipe en el delito especial cometido por el funcionario, resulta obligado preguntarse si el sujeto no cualificado puede (o, incluso, debe) ser castigado con la misma pena que el sujeto cualificado, o bien con una pena atenuada, atendiendo a la no concurrencia en su persona de la cualidad que distingue al autor del delito.

Por lo demás, es preciso preguntarse si en un delito especial impropio en el que el tipo exige la concurrencia en el autor de la condición de autoridad o funcionario público puede ser considerado *extraneus*, y no *intraneus*, un sujeto en quien (como ocurre en el caso de referencia con el acusado Augusto) también concurre dicha condición.

### III.

6. Con carácter previo a la resolución de las tres cuestiones que acaban de ser expuestas, íntimamente relacionadas con la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales, es conveniente formular algunas consideraciones en torno al delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público. La STS 350/2005, de 17 de marzo, parte del presupuesto de que la conducta realizada por José Carlos resulta subsumible en el tipo previsto en el artículo 390.1 CP, por ser constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial. Los hechos, recuérdese, consisten, en esencia, en que el mencionado José Carlos, agente de la policía municipal, rellenó, falsamente, un boletín de denuncia por indebido aparcamiento de un vehículo en el municipio en el que desarrollaba su función profesional. Lo hizo a instancias del otro condenado, Augusto, bombero del mismo Ayuntamiento, con la finalidad de que este último pudiese quedar liberado de una multa de tráfico que le había sido impuesta por otro Ayuntamiento. José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia confeccionada, en tanto que Augusto entregó como fundamento de su recurso a la multa una copia del boletín de denuncia realizado por José Carlos. Según los recurrentes, la denuncia confeccionada, que ambos reconocen como falsa, no se habría realizado finalmente en un *documento*. En el negado supuesto de que así debiera entenderse, dicho documento –siempre según los recurrentes– en modo alguno tendría la consideración de *oficial*.

7. El fundamento de Derecho primero de la resolución que ahora nos ocupa recuerda, en primer lugar, que el Código Penal considera

documento (art. 26 CP) a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La aplicación de esta doctrina general al caso de la STS 350/2005 conduce al Alto Tribunal a concluir que el boletín de denuncia falsamente confeccionado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos cumple sobradamente con las exigencias legales del *concepto de documento*, apuntadas por el propio Tribunal. Según la sentencia, el boletín es, además, un documento público, ya que el autor «no se limita a rellenar un formulario sino que expide una documentación acreditativa de una infracción con la finalidad de que surta efectos ante un órgano administrativo, el Ayuntamiento de Rubí, evidenciando una incompatibilidad con la sanción impuesta por este Ayuntamiento, como fundamento de un recurso contra la sanción impuesta. Es decir, el documento falsificado creó una apariencia de realidad con funcionalidad probatoria en el recurso presentado» (2). La STS 350/2005 prosigue su argumentación haciendo referencia al hecho de que la destrucción del original de la denuncia y su no presentación al Ayuntamiento para el que trabajaba no supone, en modo alguno, que deba negarse la condición de documento a la multa. La resolución recuerda que, a pesar de la destrucción del documento menzador original, la confección del mismo ya desplegó su funcionalidad, como lo evidencia el hecho de que sirviera de base, en forma de fotocopia, a un recurso presentado por el inductor de la falsedad.

8. El hecho cometido por José Carlos es, en efecto, constitutivo de un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil. Ninguna duda cabe sobre que el boletín de denuncia falso emitido por el acusado a instancia de Augusto reúne todos los elementos del *concepto de documento* a los efectos del delito de falsedad documental. Tampoco sobre que dicho documento es un documento *oficial*.

9. Según la jurisprudencia tradicional, en los delitos de falsedad documental se protege la *confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico* (3). De este criterio se derivan dos consecuencias. La primera es que son atípicas, por ausencia de antijuridicidad material, las falsedades burdas e inocuas por carecer de potencialidad para perturbar el tráfico jurídico (4). La segunda consecuencia consiste en que

---

(2) Fundamento de Derecho primero STS 350/2005.

(3) En este sentido, por ejemplo, STS 1783/2001, de 3 de octubre.

(4) STS 233/2000, de 11 de febrero; SSAP Sevilla (Sección 7.ª) 13 de marzo de 2001; Cuenca, 15 de marzo de 2000.

para que la conducta sea típica es necesario que el documento falsificado tenga vocación de introducirse en el tráfico. Estos dos aspectos son destacados con acierto por la sentencia que ahora se comenta.

10. La doctrina y jurisprudencia más modernas (la STS 350/2005 no es una excepción a este respecto) entienden que la protección que el Derecho penal español hace de la confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico se concreta en la protección de las *funciones atribuidas a los documentos*. Esto es, la funciones de *perpetuación, garantía y prueba* (5). De acuerdo con esta postura, no es objeto de protección, en cambio, la fe pública, entendida como *status* psicológico de la colectividad, que atribuye veracidad y autenticidad a determinados valores, documentos, símbolos y cualidades relevantes para la vida social. No existe un derecho general de los particulares a no ser engañados documentalmente, ya que tampoco existe un deber general de decir la verdad o reflejarla documentalmente. El deber jurídico de veracidad documental sólo obliga a determinados sujetos. No se tutela, por tanto, el derecho a que la información contenida en un documento se corresponda con la realidad, sino el derecho a que todo ciudadano disponga de la misma información (principio de igualdad) necesaria para la toma de decisiones (6).

11. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el *objeto material* sobre el que recaen las conductas típicas es el *documento*. Se trata de una declaración corporeizada de una persona destinada a probar una relación jurídica, esto es, el nacimiento, modificación o extinción de una obligación, y apropiada para ello, que permite conocer al que la emite. Para poder ser objeto material de un delito de falsedad documental, todo documento debe cumplir las funciones de perpetuación, garantía y prueba, mencionadas *supra* (7). La *función de perpetuación* se refiere a la capacidad del documento para materializar una declaración en un soporte, con vocación de perpetuarse en el tiempo. El soporte no debe ser necesariamente escrito, puede consistir en cualquiera que

---

(5) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 6; GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, 1997, p. 18 y, en especial, pp. 41 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 93 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.<sup>a</sup> ed., 2007, p. 718.

(6) *Vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288.

(7) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 12 ss.

sirva para perpetuar información, por ejemplo, un soporte informático. La jurisprudencia admite como documentos las cintas magnetofónicas, grabaciones de vídeo y datos contenidos en disquetes y discos duros de ordenador (8). La *función de garantía* alude a la capacidad del documento para identificar a su autor. Al autor de un documento normalmente se le reconoce mediante la firma, rúbrica o huella digital, aunque basta cualquier otro elemento que permita identificarlo. No es documento el anónimo, salvo que forme parte de otro documento que sí sea atribuible a su autor (documento complejo). El documento debe contener datos (manifestaciones, declaraciones) procedentes de una persona. Por último, la *función probatoria* guarda relación con la capacidad del documento para ser instrumento de prueba de su contenido. El documento debe ser prueba de la declaración que se ha realizado (documentación de una declaración), no de la veracidad de su contenido, salvo cuando la ley así lo determine. En lo relativo a la eficacia probatoria, el Tribunal Supremo requiere, además, que el documento esté destinado, por su autor o por un tercero, a la entrada en el tráfico jurídico, y que tenga cierta trascendencia en orden a la acreditación de su contenido o a la constitución de efectos jurídicos. Quedarán excluidas del ámbito del Derecho penal, de este modo, las alteraciones de verdades que no sean significativas (9).

12. A este respecto, debe recordarse –cosa que obvia, por cierto, la STS 350/2005– que aunque, ciertamente, el artículo 26 CP incorpora un *concepto legal de documento*, la noción de documento que recoge este precepto es *más amplia* que el concepto de documento como objeto material de los delitos de falsedad documental. El artículo 26 CP se refiere a las funciones de perpetuación («todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones») y probatoria («con eficacia probatoria»), pero nada dice sobre la función de garantía. Por ejemplo, tendrá la consideración de documento a los efectos del artículo 26 CP una muestra de vertidos, como prueba de un delito ecológico, o una pistola, como posible medio de prueba de un homicidio; pero dichos «documentos» en sentido amplio no podrán constituir objeto material de un delito de falsedad documental, al no incorporar la manifestación de voluntad de una persona. La noción de documento que aparece en el artículo 26 CP es, por ello, aplicable a todos los de-

---

(8) STS 1844/2000, de 2 de diciembre.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, pp. 290 y, en especial, p. 300.



litos de la Parte Especial que hacen referencia a documentos. Por ejemplo, a la infidelidad en la custodia (arts. 413-416 CP), la sustracción (arts. 250.1.4.º y 278.1 CP), la destrucción de documentos (arts. 264.2, 465 y 603 CP), etc. (10).

13. En el caso que dio lugar, por vía de casación, a la STS 350/2005, no cabe duda de que en el boletín de denuncia falsificado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos concurren todas las características que doctrina y jurisprudencia exigen para que pueda hablarse de un documento. Existe, en primer lugar, una declaración, por la que se aseguraba que el vehículo del otro condenado, Augusto, se encontraba incorrectamente estacionado en la calle Provenza de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002. Dicha declaración se encontraba incorporada a un soporte, concretamente un boletín de denuncia (*función de perpetuación*), y fue realizada por una persona: el Agente de la Guardia Urbana número 22.100, que se corresponde con el número profesional de José Carlos, quien estampó, además, su firma en el boletín (*función de garantía*). Por último, la manifestación que aparece en el boletín fue realizada con el único objeto de producir un determinado efecto en el tráfico jurídico: la anulación de la multa con la que Augusto había sido sancionado por la Policía Local de Rubí. El modo por el que se pretendía alcanzar este objetivo no era otro que la incorporación al expediente sancionador de una fotocopia de la denuncia mendaz, alegándose que Augusto no pudo cometer una infracción de tráfico en Rubí el día 18 de marzo de 2002 a las 12:05 horas, por encontrarse en ese mismo momento en la ciudad de Barcelona (*función probatoria*).

14. Como afirma correctamente la STS 350/2005, el documento de autos es, además, un documento *oficial*. Los documentos oficiales son una subespecie de los *documentos públicos* (art. 317 LEC) (11),

---

(10) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 21 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 165; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 294. Ponen de relieve la falta de coordinación entre el concepto de documento recogido en el art. 26 CP y los artículos 390 ss. CP, GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales*, 1997, p. 47 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español, PE*, 4.ª ed., 2002, pp. 426 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.ª ed., 2007, p. 720.

(11) Según el artículo 317 LEC, relativo a las clases de documentos públicos, «a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: (...) 5. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones».

esto es, aquellos autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1217 CC) (12). Según la jurisprudencia mayoritaria, los documentos oficiales son documentos expedidos por las Administraciones Públicas u organismos asimilados destinados al cumplimiento de sus fines institucionales. La jurisprudencia califica como documentos oficiales, por ejemplo, el documento nacional de identidad (13), el visado emitido por un Colegio profesional, las recetas de la Seguridad Social (14), las notas de exámenes, el impreso de solicitud en un programa de metadona, el carnet de conducir, los partes de alta o de baja de la Seguridad Social, los boletines de denuncia cumplimentados por los Agentes de la Guardia Urbana, etc.

15. A pesar de que la argumentación del fundamento de Derecho primero de la STS 350/2005 parece insinuar lo contrario («el documento falso se creó, como se declara probado, con la intención de que desarrollara los efectos propios de la intención con que fue creado»), no resulta de aplicación al caso la muy extendida doctrina jurisprudencial de los denominados *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación*. Según dicha doctrina, tales documentos consistirían en documentos en origen privados que se incorporan a un expediente administrativo. Y resulta evidente que el boletín falsificado es, ya desde su origen, un documento oficial.

De todos modos, y a mayor abundamiento, cabe recordar que hasta principios de los años 90, la jurisprudencia vino entendiendo que los documentos privados se transformaban en oficiales o públicos una vez incorporados a un procedimiento administrativo o judicial. Desde entonces, la jurisprudencia mayoritaria considera que sólo son oficiales por destino o incorporación los documentos *recepticios*, esto es, los documentos privados que tienen como único fin su incorporación a un expediente administrativo (15). No obstante, resulta ampliamente compartible el punto de vista de conformidad con el cual tanto la doctrina de los *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación* como la doctrina de los *documentos recepticios* constituyen ejemplos evidentes de analogía *in malam partem*, prohibida en

---

(12) Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros (art. 1218 CC).

(13) STS 2015/2001, 29 de octubre.

(14) STS 20 de marzo de 2001.

(15) SSTs 677/2001, 19 de abril; 522/1996, 19 de septiembre.

Derecho penal, por representar una vulneración del principio de legalidad (16).

16. La última observación que cabe realizar sobre la materia que ahora nos ocupa se refiere a si la conducta enjuiciada resulta realmente subsumible en los números 2 y 3 del artículo 390.1 CP, tal y como consideró la Audiencia Provincial de Barcelona y confirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia que ahora se comenta. Según el artículo 390.1.2.º CP, «será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: (...) simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad». Ciertamente, en el caso que nos ocupa tiene lugar una simulación de documento, ya que se elabora *ex novo* un documento. No obstante, el artículo 390.1.2.º CP no se conforma con ello, sino que requiere que dicho documento sea inauténtico. Esto es, que se trate de un documento en el que se presente como autor a una persona distinta a su verdadero autor, resultando afectada, por ello, la función de garantía atribuida a aquél.

17. Esto último no sucede en el caso de la STS 350/2005. Como ya se ha mencionado *supra*, las manifestaciones obrantes en el boletín de denuncia fueron plasmadas en el mismo por José Carlos, y él mismo rubricó dicha circunstancia haciendo constar en el documento mendaz tanto su número de identificación profesional como su propia firma. El boletín de denuncia falso de autos no es, por tanto, un documento en el que su autor haya atribuido la autoría de la información que obra en el mismo a otra persona. Se trata, al contrario, de un documento que contiene declaraciones que, aunque no se corresponden con la realidad, pertenecen, en efecto, al sujeto que la emite.

18. Dejando al margen las evidentes diferencias que existen entre ambas constelaciones de casos, ocurre en el supuesto de autos algo

---

(16) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 55 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, pp. 434 s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, PE, 2006, p. 294. En idéntico sentido crítico, muy extensamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 239 ss. En la jurisprudencia, esta postura puede encontrarse, por ejemplo, en el voto particular a la STS 522/96, 19 septiembre (a cargo del propio Bacigalupo Zapater), así como las SSAP Barcelona 7.ª 8 de mayo de 2002 y 2.ª 663/2007, 26 de julio.

parecido a lo que sucede con los denominados supuestos de «negocio jurídico simulado». En estos casos, la declaración que contiene el documento pertenece al sujeto que la emite, pero dicha declaración refleja un negocio jurídico que no se corresponde con la realidad. Por ejemplo, unas facturas que reflejan un contrato de arrendamiento de servicios cuando el negocio jurídico realmente existente consiste en una donación. Según la jurisprudencia mayoritaria, los casos de negocio jurídico simulado son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 390.1.2.º CP (17).

19. Este punto de vista no resulta compartible. Como ya ha puesto de relieve un importante sector doctrinal, la subsunción de los casos de simulación de negocio jurídico en el artículo 390.1.2.º CP es contraria al principio de legalidad. En los supuestos de referencia, lo único que es inauténtico (y lo es en un sentido amplio o impropio del término) es el negocio jurídico, no el documento. Y según el artículo 390.1.2.º CP, lo que debe ser inauténtico no es el negocio jurídico mismo, sino el documento por medio del cual se articula dicho negocio. Además, la aplicación del artículo 390.1.2.º CP a los casos de negocio jurídico simulado transforma en material una falsedad que, en realidad, es ideológica. Como ya se ha mencionado, el documento mediante el que se articula el negocio jurídico simulado no es inauténtico, sino mendaz. Esto es, no se corresponde con la realidad. Y, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, solo el fedatario público, no el particular, puede ser autor de una falsedad ideológica, ya que ésta presupone la infracción de un deber jurídico especial de veracidad que solo recae sobre el primero (18, 19).

---

(17) Son un claro exponente de esta línea jurisprudencial las SSTS 1590/03, de 22 de abril 2004 (*caso Intelhorce*); 1282/00, de 25 septiembre, 1/97, de 28 de octubre (*caso Filesa*); SSAP Madrid 15.ª 14 de julio de 2001; y Burgos 1.ª 22 de marzo 2000. La interpretación del artículo 390.1.2 CP que está en la base de estas resoluciones fue avalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 123/2001 y 126/2001. En estas Sentencias, el Tribunal Constitucional declaró aquella interpretación conforme a la Constitución, al entender que el término «autenticidad» no solo significa «capacidad de ser atribuido a su autor», ya que, en un sentido más amplio, y de acuerdo con el lenguaje ordinario, también significa «veracidad», «conformidad con la realidad», etc.

(18) Esta postura es defendida, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 40 s. y 56; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, p. 423. En idéntico sentido crítico VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 471 s. En la jurisprudencia, se encuentra recogida en las SSTS 1065/00, 17 junio; 932/00, 29 mayo; 674/00, 14 de abril; 224/98, 26 de febrero (*caso Argentina Trust*); SSAP Barcelona 2.ª 20 de marzo de 2000, Zamora, 10 de julio de 2001 y Barcelona 5.ª, 12 de julio de 2001).

(19) No existe acuerdo doctrinal sobre si hay algún caso de falsedad ideológica de particular punible. Descartada la posibilidad de que un particular pueda ser casti-

20. Teniendo en cuenta todo lo anterior, lo más correcto habría sido calificar la conducta de José Carlos, el agente de la Guardia Urbana que realizó el boletín de denuncia falso, no como un delito de falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público del artículo 390.1.2.º CP, sino como uno de la modalidad prevista en el artículo 390.1.3.º o 4.º CP. En el primero se castigan la falsificación documental consistente en suponer «en un acto la intervención de personas que no la han tenido», o la atribución a las que han intervenido en él de «declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho». En el artículo 390.1.4.º CP se castiga a quien falta «a la verdad en la narración de los hechos».

21. En relación con el artículo 390.1.3.º, inciso 1.º, «suponer» significa fingir que una persona que en realidad no ha intervenido en un acto sí lo habría hecho. El término «intervención» no se refiere a cualquier presencia, sino a participación en el acto, esto es, a una presencia significativa. Es atípica la omisión de hacer constar que una persona ha intervenido en un acto, cuando en realidad sí lo ha hecho. También lo es la suposición de que ha intervenido en el acto una persona imaginaria o ya fallecida, así como atribuir a alguien que sí ha intervenido en el acto una representación o cualidad de la que carece. Por lo que hace a la modalidad relativa a «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP), se trata de un delito especial propio consistente en la infracción de un deber jurídico especial de

---

gado como autor por la comisión del delito previsto en el artículo 390.1.4.º CP (art. 392 CP: «el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390...»), la doctrina se encuentra dividida sobre si resulta o no de aplicación el artículo 390.1.3.º CP en relación con el artículo 392 CP. Para un primer grupo de autores, nada se opone a que determinados particulares con deberes de veracidad equiparables a los de ciertos fedatarios públicos (por ejemplo, el secretario de un Consejo de Administración de una compañía mercantil, o el representante de una persona jurídica que tiene la obligación legal de certificar los acuerdos adoptados en una junta de accionistas o en una asamblea) puedan ser autores del delito previsto en el artículo 390.1.3.º CP (en relación con el artículo 392 CP). Representa a este primer sector de la doctrina, en especial, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 299. Para otro grupo de autores, en cambio, únicamente puede ser sujeto activo de una falsedad ideológica (como las previstas en el artículo 390.1.3.º CP) un fedatario público. La razón estribaría en que el documento emitido por el particular es privado, y esta clase de documentos nunca acreditan la correspondencia de su contenido con la realidad (art. 1225 CC). Además, cuando el CP ha querido sancionar las falsedades ideológicas cometidas por particular lo habría hecho expresamente en tipos específicos (arts. 290, 310 CP, etc.). Defiende esta segunda postura, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 47 ss.

veracidad. La expresión «faltar a la verdad» alude a una falta de congruencia entre los hechos narrados y los que el correspondiente documento debería narrar. Se puede «faltar a la verdad» tanto por acción como por omisión. El término «*hechos*» no se refiere exclusivamente a conductas o actos de una persona, sino a datos de la realidad.

22. En el caso que suscita la atención de este comentario, no cabe duda de que José Carlos supuso, esto es, fingió «en un acto la intervención de personas que no la han tenido» (art. 390.1.3.º CP). Concretamente, simuló la presencia de Augusto, y la suya propia en un acto administrativo sancionador (la multa) que, en realidad, no tuvo lugar, faltando, con ello, «a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP).

#### IV.

23. Una vez aclarada la cuestión relativa a cuál es el título de imputación por el que debería haber respondido el autor de los hechos, José Carlos, corresponde preguntarse de qué modo debe responder Augusto, la otra persona que interviene en aquéllos, concretamente como inductor. Lo primero que debe dilucidarse es si Augusto, a pesar de ostentar (como José Carlos) la cualidad de funcionario, es, con respecto al delito de falsedad en documento oficial del que es autor el segundo (art. 390.1.3.º o 4.º CP), un *intraneus* o un *extraneus*. Sobre este particular, la STS 350/2005 estimó el segundo motivo del recurrente Augusto, al entender, en contra de lo apreciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, que «este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio» (fundamento de Derecho primero).

24. El punto de vista defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa es, en lo relativo al extremo planteado, plenamente compatible. El delito de falsedad documental previsto en el artículo 390.1 CP es, en todas sus modalidades, un delito especial consistente en la infracción de deberes de veracidad, del que sólo puede ser autor la «autoridad o funcionario público». No basta, sin embargo, con ostentar formalmente dicho *status* en abstracto (art. 24 CP). El artículo 390.1 CP requiere, además, que el sujeto se encuentre «en el ejercicio de sus funciones». Según la doctrina dominante, este requisi-

to significa que es necesario que la conducta falsaria se lleve a cabo en el marco de las competencias propias del cargo que ocupa la correspondiente autoridad o funcionario público. Es decir, que la falsedad sea cometida al desempeñar el sujeto de referencia una función cuyas normas reguladoras le impongan la prohibición de realizar la conducta correspondiente a aquella modalidad delictiva. Como acertadamente afirma Villacampa Estiarte, «el único que puede lesionar el bien jurídico protegido en el tipo es aquél que, teniendo entre los cometidos de su cargo redactar determinados tipos de documento, efectúa una de las conductas descritas en el artículo 390 CP afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar» (20). Cuando la autoridad o funcionario público cometa la falsedad documental, pero no lo haga «en el ejercicio de sus funciones», no se aplicará el artículo 390.1.1, sino el artículo 392 CP.

25. A este respecto, debe recordarse que en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre con José Carlos, Augusto no era agente de la Guardia Urbana, sino funcionario del Cuerpo de Bomberos. Y parece evidente que, también a diferencia de lo que sucede con José Carlos, entre las funciones propias de un funcionario público de tales características no se cuenta la de elaborar boletines de multa por infracciones relativas al tráfico rodado. Por esta razón, de las dos personas que intervienen en los hechos, Augusto y José Carlos, la única que lo hizo «en el ejercicio de sus funciones» fue el segundo.

26. Cabe preguntarse, no obstante, si al inductor funcionario del caso que constituye el objeto del presente comentario podría serle aplicada la circunstancia agravante de *prevalimiento del carácter público que tenga el culpable* (art. 22.7.<sup>a</sup> CP) (21). Según doctrina y jurisprudencia, la aplicación de esta circunstancia requiere la concurrencia de tres presupuestos: *a*) la condición de funcionario o encargado de un servicio público; *b*) el abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad; y, por último, *c*) la finalidad de abusar del cargo para facilitar la ejecución del delito (22). En palabras de

---

(20) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 645 s.

(21) Plantean esta posibilidad FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 114 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16.<sup>a</sup> ed., 2007, pp. 725 y 729.

(22) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 26/19. En la jurisprudencia se pronuncian en idéntico sentido, entre otras muchas, las SSTS 12 de mayo de 1992, 18 de mayo de 1993, 6 de octubre de 1995, 24 de noviembre de 1995, 2 de diciembre de 1997, 14 de febrero de 1998 y 19 de octubre de 2001.



Vázquez-Portomeñe Seijas a este respecto: «Con apoyo en las tesis mayoritarias tenemos, en suma, que el artículo 22.7.<sup>a</sup> CP agrava aquellos delitos realizados mediante un aprovechamiento de la cualidad de funcionario pero no dentro de la función, refiriéndose, al propio tiempo, a una forma de delinquir no fungible –ni en términos valorativos, ni en sus contenidos– con la que puede imputarse a los particulares. La agravante no existe (...) si el agente se limita a atribuirse influencias por razón de su cargo, obrando como pudo hacerlo cualquiera» (23).

27. De estos tres elementos, en el caso de la STS 350/2005 brilla por su ausencia el elemento relativo al abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad. Según el relato de hechos probados Augusto se limitó a aprovechar que José Carlos (a quien conocía por haber coincidido en anteriores ocasiones con él en el cuartel) se hallaba en las dependencias del cuartel de bomberos en el que se encontraba destinado el propio Augusto para contactar con él y solicitarle la falsificación del boletín de denuncia. Resulta muy dudoso que el simple aprovechamiento por parte de un funcionario de la circunstancia de coincidir con otro en un mismo espacio físico para inducirle a cometer un delito baste para concluir que el primero se habría *prevalido* de su condición de funcionario, en el sentido del artículo 22.7.<sup>a</sup> CP. Ya que la condición de funcionario del cuerpo de bomberos de Augusto no fue decisiva para el establecimiento de un contacto que bien podría haberse producido, exactamente con los mismos efectos, en cualquier otro lugar y de cualquier otro modo (24).

## V.

28. En el caso que nos ocupa, José Carlos debería haber sido castigado, por tanto, como autor material de un delito de falsedad en documento oficial (art. 390.1.3.º o 4.º CP). Y Augusto fue condenado,

---

(23) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7.<sup>a</sup> del Código Penal)*, 2001, p. 31.

(24) En idéntico sentido, en relación con el delito de falsedad documental, se pronuncia FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad...*, 1996, p. 116, que considera que no cabe aplicar la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.7.<sup>a</sup> CP a la autoridad o funcionario público que interviene en una falsedad documental cuando no es posible afirmar «ningún tipo de relación entre su condición de funcionario público o similar y la conducta falsaria por él realizada al no concurrir siquiera la circunstancia de que el cargo que desempeña pueda facilitarle las posibles dificultades con las que pueda encontrarse en la ejecución del delito».

correctamente, como inductor de un delito de falsedad documental, sin la concurrencia en su persona de la condición de *extraneus* del delito especial cometido como autor por José Carlos, ni de la circunstancia de prevalimiento del carácter público de la posición social que ocupa (art. 22.7.<sup>a</sup> CP). Conviene conocer ahora si Augusto, el inductor *extraneus*, debe responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), o como partícipe en el correspondiente delito común de falsedad en documento oficial cometido por particular (art. 392 CP). La STS 350/2005, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de la que trae causa se muestra partidaria de la primera de estas dos soluciones. ¿Es esta decisión correcta?

29. En España, la discusión sobre la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales vino centrando en buena medida la atención de la teoría de los delitos especiales al menos hasta la llegada del Código Penal de 1995. Con la llegada del Código Penal de 1995, la cuestión perdió buena parte de su anterior vigencia. La razón principal debe verse en que, en el actual Código Penal, los delitos especiales impropios prácticamente habrían desaparecido. No en vano, dos de los escasos ejemplos de delito especial impropio que nos brinda en la actualidad el derecho positivo español vendrían representados por los delitos de malversación en caudales públicos (arts. 432 ss CP) y, precisamente, por el delito que nos ocupa: el de falsedad en documentos público, oficial o mercantil cometida por funcionario (art. 390.1 CP). No obstante, aquella discusión podría haber recobrado carta de naturaleza a propósito de algunos preceptos en los que la cualidad de autoridad o funcionario público habría venido a agravar la pena de ciertos delitos comunes (arts. 167, 198 y 204 CP) (25).

30. Con anterioridad al Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en España defendían para los delitos especiales impropios la llamada *solución individualizadora*. Según ésta, el *extraneus* partícipe debería responder por el delito común paralelo, no por el especial. Así las cosas, puesto que normalmente el delito común tendría menos pena que el especial, una de las consecuencias de la solución individualizadora sería que el *extraneus* respondería con una pena atenuada con respecto a la del *intraneus*. Según esta postura, dicha atenuación no parecía posible en los delitos especiales «propios»,

---

(25) Sobre la distinción entre delitos especiales impropios y delitos comunes agravados por razón del sujeto activo, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 214 ss.

ya que el *extraneus* no podía responder por otro delito que el especial, y no existía en el Código precepto alguno que permitiese una atenuación de su pena. La mayor parte de los autores y las resoluciones judiciales que defendieron la solución individualizadora antes de 1995 lo hizo apoyándose en el artículo 60 CP 1944/1973 (26).

Un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario defendió la solución opuesta. Era la llamada *solución unitaria*. Según esta postura, *intranei* y *extranei* deberían responder por el mismo título de imputación, el correspondiente al delito especial. Los actuales partidarios de esta solución defendieron su validez sobre la base de tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios (27); la vulneración de los principios de unidad del

---

(26) Según este precepto, «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». Defendieron esta postura, entre otros, PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra el patrimonio*, 1995, pp. 246 ss. en la doctrina; y las SSTs 3 de julio de 1947, 7 de octubre de 1953, 15 de diciembre de 1953, 21 de enero de 1954, 5 de febrero de 1955, 30 de abril de 1990, 12 de febrero de 1992 y 26 de junio de 1992, en la jurisprudencia. Ya antes de 1944, la jurisprudencia dominante había venido defendiendo la aplicabilidad de los antecedentes del artículo 60 CP (art. 69 CP 1848, art. 80 CP 1870, art. 150 CP 1928 y art. 65 CP 1932) a los casos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios. Son ejemplo de ello las SSTs 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 26 de febrero de 1888, 27 de enero de 1902, 5 de octubre de 1912, referidas todas ellas al artículo 80 CP 1870. Sobre esta circunstancia, así como sobre la historia del artículo 60 CP 1944 en general, *vid.*, entre otros autores, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 219 ss.

(27) Frente a la crítica según la cual el artículo 60 CP 1944/1973 no resultaba extensible a los elementos de autoría de los delitos especiales, sino solo a las «*circunstancias*» genéricas modificativas de la responsabilidad criminal de los artículos 9, 10 y 11 CP 1944/1973, los defensores de la solución individualizadora entendieron que el artículo 60 CP 1973 también resultaba aplicable, si no de modo directo, sí, al menos, analógicamente a los elementos de autoría de los delitos especiales. La razón que lo explicaba debía verse, a juicio de este sector doctrinal, en la identidad de fundamento existente entre las circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal y los elementos accidentales del tipo. Propusieron la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 60 CP 1973 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; *Derecho penal español, PE*, 10.<sup>a</sup> ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO Gómez), 1987, pp. 56 s. y 61 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, PE*, 14.<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 56 s. y 61 s.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 2.<sup>a</sup> ed., 1986 (anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J. y BENÉYTEZ MERINO, L.), p. 466;

título de imputación y accesoriedad de la participación a que conducía la solución individualizadora; y, por último, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (28).

La mayor parte de los partidarios de la solución unitaria consideró que *intranei* y *extranei* debían responder con idéntica pena no solo en los delitos especiales *proprios*, sino también en los *impropios*. No obstante, uno de los principales representantes de solución unitaria, Gimbernat Ordeig, se encargó de poner de manifiesto que, a pesar de la corrección dogmática de la solución unitaria, en algunos delitos especiales la pena del *extraneus* debía y podía ser atenuada. Se trata de la llamada solución del «término medio ideal». Según esta postura, cabría atenuar la pena del *extraneus* mediante la aplicación de una circunstancia atenuante analógica (art. 9.10.ª CP 1973), dado el menor merecimiento de pena del *extraneus* por la no concurrencia en su persona de la cualidad de *intraneus* (29).

La solución de la circunstancia analógica de «no *extraneus*» de Gimbernat no fue, con todo, la única propuesta *de lege lata* que la doctrina formuló antes de 1995 para conseguir la atenuación de la

---

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español, Parte Especial*, 1986, pp. 38 y 43.; ESCRIVÁ GREGORI, J. M., «La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio», en *LH-Pérez de Vitoria*, I, 1983, pp. 226 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio», AP 1995, pp. 95 ss.

(28) Defendieron esta solución bajo la vigencia del CP 1973 QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2.ª ed. (puesta al día por E. Gimbernat Ordeig), 1972, pp. 174 s.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 272 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, 1974, *passim*.; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Lecciones de Derecho penal*, II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, 1999, p. 300; MIR PUIG, S., *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal*, PG, de H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General* (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), II, 1982, p. 917; *idem*, *Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1990, pp. 427 ss.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 1993, p. 397; 5.ª ed., 2002, p. 466; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en ÍDEM (dir.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 924, entre otros. En la jurisprudencia penal española se pronunciaron a favor de la solución unitaria que acaba de ser expuesta, entre otras sentencias, las SSTS 15 de octubre de 1969, 12 de diciembre de 1975, 19 de febrero de 1979, 22 de junio de 1982, 4 de julio de 1986, 27 de junio de 1989, 10 de febrero de 1992, 18 de enero de 1993 y 24 de junio de 1994.

(29) Apoyaron la tesis de GIMBERNAT, entre otras resoluciones, las SSTS 22 de junio de 1982, 27 de junio de 1989, 12 de febrero de 1992, 21 de marzo de 1992, 18 de enero de 1993, 14 de enero de 1994, 2 de febrero de 1994, 24 de junio de 1994 y 20 de mayo de 1996.

pena del *extraneus* participe en un delito especial. Una solución alternativa (y, en lo que alcanzo a ver, inédita hasta el momento y en lo sucesivo) fue la propuesta por Pérez Alonso. Según este autor, el participe *extraneus* debía ser castigado con la pena correspondiente a la participación en un delito intentado (30).

31. *Con la llegada del CP 1995, la solución individualizadora* continuó siendo defendida, aunque ya de forma minoritaria, por algunos autores (31). La defensa de esta solución siguió apoyándose en el derecho positivo, concretamente en el precepto que se erigió sucesor del artículo 60 CP 1944/1973: el artículo 65 CP 1995 (32). Esta posición volvió a contar con la oposición de una amplia corriente de opinión, representada, de nuevo, por los partidarios de la *solución unitaria*. Esta segunda postura, ahora mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, continuó encontrando respaldo para sus tesis en tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 65 CP 1995 *ex* LO 10/1995 en los casos de delitos especiales impropios; la vulneración de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación que de lo contrario se produciría; y, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (33).

---

(30) PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, 1985, pp. 240 s.

(31) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 5.ª ed., 1998, p. 384; CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal*, PG, 2.ª ed., 2001, pp. 406 s.

(32) Antes de la modificación operada por la LO 15/2003, el tenor literal de este precepto, sucesor prácticamente literal del artículo 60 CP 1973, rezaba del modo siguiente: «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

(33) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 15/45; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 6.ª ed., 2004, pp. 449 s.; 7.ª ed., 2007, 445 s.; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 2002, p. 642; ÍDEM, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS (coord.), F., *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.ª ed., 2004, p. 424; MOLINA BLÁZQUEZ, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, III, 2000, p. 756; RUEDA MARTÍN, M. A., «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», REDPC, 2.ª época (8), 2001, pp. 159 ss. En la jurisprudencia comparten este punto de vista, además de la ya mencionada STS 10 de enero de 1997, las SSTS 30 de octubre de 1998, 18 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 9 de julio de

32. En relación con esta cuestión, ya anteriormente me he mostrado firmemente partidario de la *solución unitaria* (34). Esto es, de hacer responder al *extraneus* por el delito especial, no por el delito común paralelo. El primer argumento que sirve de base a esta conclusión debe verse en la inaplicabilidad de los artículos 60 CP 1973 y 65 CP 1995 *ex LO 10/1995* a los delitos especiales impropios, por referirse tales preceptos, exclusivamente, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y no a elementos como los de autoría de los delitos especiales. Las restantes razones que abonan el punto de vista que aquí se defiende guardan relación con los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, este último en su versión limitada. Por último, la corrección de la solución unitaria se

---

2001 y 1 de febrero de 2002; y las SSAP Sevilla, 26 de abril de 1999; Zaragoza, 13 de octubre de 1999; Madrid, 14 de octubre de 1999; Madrid, 26 de febrero de 2001 y Barcelona, 27 de septiembre de 2002. Entre la solución individualizadora y la unitaria, alguna resolución judicial ha optado por una *solución intermedia o mixta*. De conformidad con esta solución, el *extraneus* que participa en un delito especial impropio debería responder por el delito especial, aunque con la pena del delito común paralelo. En lo que alcanzo a ver, esta solución de compromiso entre la unitaria y la individualizadora, sin duda sorprendente, es acogida únicamente por la STS 7 de marzo de 2003. Esta resolución se ocupó de un supuesto en el que un particular participó en un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público (art. 390.1.2.<sup>a</sup> CP) y en otro continuado de malversación de caudales públicos (art. 432.1.2.<sup>o</sup> CP en relación con artículo 74.1.<sup>o</sup> CP). La resolución citada declaró que el *extraneus* debía responder «(...) como cooperador necesario en un delito continuado de falsedad previsto y penado en los artículos 392 en relación con el artículo 390.1.2.<sup>o</sup> y 74.1.<sup>o</sup> del Código Penal en concurso medial (art. 77.1.<sup>o</sup> del Código Penal) como cooperador necesario con un delito continuado de malversación de caudales públicos previsto y penado en los artículos 432.1.<sup>o</sup> y 74.1.<sup>o</sup> del Código Penal, en el que participa en calidad de cooperador necesario, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (...)». Esto es, determinó el título de imputación de responsabilidad penal del *extraneus* de conformidad con los postulados de la teoría unitaria. Sin embargo, la STS 7 de marzo de 2003 acaba condenando al *extraneus*, a pesar de ser cooperador necesario, «a las penas de cuatro años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses», siendo el *intraneus* castigado, en cambio, con la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y seis meses. Es decir: castiga al *extraneus con la pena* de los delitos comunes continuados de falsedad de particular en documento público, oficial o mercantil (art. 392 CP) y apropiación indebida (art. 248 en relación con artículo 250 CP) en concurso medial. En el ámbito del delito de falsedad documental de funcionario que aquí nos ocupa se ha pronunciado a favor de la solución unitaria concretamente VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 723.

(34) *Vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 471 ss.; *idem*, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 192 ss.

fundamenta en la idea del delito especial como un delito distinto, *sui generis* con respecto al delito común paralelo.

33. Por lo que hace a los dos principios, el de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación (en su versión limitada), en los delitos especiales impropios, el fundamento material de ambos principios reside, principalmente, en lo siguiente: es más grave participar en el delito especial impropio que en el común paralelo, y ello debe reflejarse en la pena. Esta es la razón por la que el concurso de leyes que se presenta entre la participación en el delito especial impropio y el delito común paralelo debe resolverse en favor de la primera por aplicación, como mínimo, del principio de alternatividad (art. 8.4.<sup>a</sup> CP) (35).

34. Además, como ya se ha adelantado, los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino delitos «distintos» o con sustantividad propia con respecto a éstos. No es correcto deducir el carácter *sui generis* de un delito especial impropio de los indicadores de sustantividad sugeridos por la doctrina alemana del mismo nombre. Ello se debe, sobre todo, a que la naturaleza de dichos indicadores (el *nomen iuris delicti*, el penológico, el sistemático y el del tipo criminológico-normativo de autor) es, esencialmente, formal. El único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos «distintos» que nada tienen que ver entre sí en cuanto a su naturaleza jurídica, que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados «distintos» es diferente para cada caso, y de explicar, por último, que las consecuencias dogmáticas previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas es el método *teleológico*. Es decir, el método de interpretación orientado a la voluntad y los fines de la Ley. No en vano, una parte considerable de los autores que defienden en Alemania la idea del delito «distinto» consideran que el criterio decisivo para determinar la presencia de un delito distinto consiste en comprobar si el tipo de injusto del delito que se analiza es, o no, distinto al del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convertiría en «distinto» a un delito, lo que le dotaría de sustantividad propia respecto de otros delitos sería, precisamente, la «especialidad» de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la espe-

---

(35) De la misma opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 15/46.



cialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación (36).

35. En referencia a esto último, y volviendo al caso de la STS 350/2005, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP) no es un simple tipo agravado del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular (art. 392 CP). Se trata de un delito *distinto* a éste. Reveladoras a este respecto son, sin duda, las palabras de Bacigalupo Zapater: «El legislador, en realidad, ha estructurado dos delitos diferentes. El de particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos tienen una acción diversa: mientras que la falsificación del particular requiere una intervención material en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito de funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos» (37). Teniendo en cuenta esta circunstancia, la aplicación de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad limitada de la participación al caso de referencia conduce a entender que la solución adoptada por la STS 350/2005 en lo relativo al título de imputación del inductor *extraneus* (Augusto), consistente, recuérdese, en hacerle responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), es, por tanto, plenamente correcta.

36. De los tres argumentos que han sido invocados en apoyo de la solución unitaria (principios de unidad del título de imputación, principio de accesoriedad limitada de la participación y condición del delito especial impropio como delito *distinto* del delito común paralelo) puede extraerse, a mi modo de ver, la siguiente conclusión: carece de sentido seguir distinguiendo entre delitos especiales propios e impro-

---

(36) SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos impropios de funcionario); NAGLER, J., «Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation», *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, R., «Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, p. 254; HASSEMER, E., *Delictum sui generis*, 1974, p. 50, nota 137. Sobre todo ello *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., «La doctrina del «*delictum sui generis*»: ¿Queda algo en pie?», *RECPC* 07-06 (2005).

(37) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 5.

pios. Considero más acertado entender que todos los delitos especiales lo son en un sentido propio, que todos ellos son delitos especiales en su conjunto, sin distinciones. Según la solución que en este trabajo se considera preferible, esto es, la unitaria, los delitos especiales impropios deberían recibir, en lo concerniente a la participación de *extranei*, el mismo tratamiento que los propios. Es decir, tanto en unos como en otros, el *extraneus* debería responder con la pena del delito especial. Si se acepta esta consecuencia, como hacen la doctrina y la jurisprudencia actualmente dominantes en España, ¿cuál es, entonces, el sentido de seguir distinguiendo entre delitos especiales «propios» e impropios? En mi opinión, la clasificación que ahora nos ocupa, al distinguir entre delitos especiales con y sin delito común paralelo, sólo tendría alguna razón de ser, precisamente, desde los postulados de la hoy claramente minoritaria solución individualizadora. Ya que sólo desde esta postura produciría algún efecto la existencia en algunos delitos especiales, los (mal llamados) impropios, de un delito común paralelo. Se trataría de la ya conocida consecuencia de que el *extraneus* respondería como partícipe en el delito especial, sino en el común paralelo (38).

37. Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004, la solución unitaria aquí defendida se ha visto reforzada con un cuarto argumento, éste de derecho positivo. Se trata de la aparición del ya mencionado artículo 65.3 CP. Del tenor literal de este precepto se deduce, de modo inequívoco, que el *extraneus* responderá por el mismo título de imputación, y con la misma pena, aunque atenuada, que el *intraneus*. Con ello, el artículo 65.3 CP tendría la virtud, en primer lugar, de resolver de forma expresa una de las cuestiones que mayor grado de controversia había venido suscitando en nuestro país en materia de delitos especiales: la concerniente a la punibilidad del *extraneus*. La expresión «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» resulta, en este sentido, mucho más apropiada para describir los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales que el término «circunstancia», previsto en los números 1 y 2 del mencionado precepto. Además, el artículo 65.3 CP, al no distinguir entre delitos especiales propios e impropios, haciendo extensivo el régimen atenuatorio-potestativo de la pena del *extraneus* a todos los delitos especiales, viene a certificar la defunción de la distorsionadora distinción entre delitos especiales propios e impropios, todavía fuertemente arraigada en el seno de la doctrina española.

---

(38) De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 126 s., para quien «los denominados delitos especiales impropios no son, en realidad, delitos especiales».

38. De entre alguno de los escasos partidarios con los que todavía cuenta la solución individualizadora ya se ha alzado alguna voz crítica contra esta propuesta de interpretación del artículo 65.3 CP. Según una de ellas, el nuevo artículo 65.3 CP no solo no consagraría como correcta la solución unitaria, sino que, al contrario, habría tomado partido en favor de la solución contraria. Según, por ejemplo, Calderón Gallego y Choclán Montalvo, puesto que el artículo 65.3 CP se refiere exclusivamente a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», el precepto de referencia solo regiría para los delitos especiales «propios». En cambio, en los delitos especiales impropios, esto es, aquéllos en los que los elementos limitadores de la autoría «agravarían» o «atenuarían» la pena, el precepto aplicable, directa o analógicamente, ya no sería el artículo 65.3 CP, sino el 65.1 CP, de cuya conformidad «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran» (39).

39. Desde mi punto de vista, esta línea de argumentación dista mucho de ser correcta. Cuando el artículo 65.3 CP alude a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», no se refiere solo a los elementos de autoría de los delitos especiales propios, sino también a los de los delitos especiales impropios. Como ya se ha señalado, los elementos que ahora nos ocupan no consisten en meros elementos «modificadores», sino «fundamentadores» del injusto. Y ello es así en *todos* los delitos especiales, tanto en los «propios» como en los impropios. Además, el actual artículo 65.1 CP resulta tan inaplicable a esta segunda clase de delitos especiales como el antiguo artículo 60.1 CP 1973, ya que mantiene la expresión «circunstancias agravantes o atenuantes». Por ello, todo lo que se ha argumentado *supra* en relación con este particular sigue gozando de plena vigencia también desde la perspectiva del artículo 65.3 CP.

40. Por lo demás, en el negado supuesto de que se entendiera que el artículo 65.3 CP solo resultaría aplicable a los delitos especiales propios, entonces el único precepto aplicable (directa o analógicamente) a los delitos especiales impropios no sería el «disgregador» artículo 65.1 CP, sino el «unificador» artículo 65.2 CP. Ya que la auténtica naturaleza de los elementos de autoría de los delitos especiales no es «personal»

---

(39) De esta opinión, por ejemplo, CALDERÓN GALLEGO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (coords.), *Código penal comentado*, 2005, p. 122.

(art. 65.1 CP), sino que, al contrario, se trata de elementos que afectarían al injusto del delito. Esto es, consistentes «en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla» (art. 65.2 CP). Así, por ejemplo, la posición de autoridad o funcionario público que ocupa el autor de un delito de falsedad documental de funcionario (art. 390.1 CP) no puede ser contemplada como un mero elemento de naturaleza «personal»; sino como un elemento que sirve, entre otros aspectos, para facilitar la «ejecución material del hecho» y, con ello, incrementar el desvalor *ex ante* de la conducta con respecto a la de un particular (art. 392 CP).

41. Esta interpretación del artículo 65.3 CP ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS 18 octubre 2004, relativa a un caso de supuesta participación de *extranei* en un delito de malversación de caudales públicos, no aplicó el artículo 65.3 CP, por no quedar finalmente acreditada la participación del *extraneus*. No obstante, la resolución admitió expresamente que en caso contrario dicho precepto habría sido aplicable. Con ello, la sentencia que ahora nos ocupa vendría a reconocer tácitamente al elemento «autoridad o funcionario público» como una de las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP) en el delito de malversación de caudales públicos. Esto es, como un elemento fundamentador de la pena, y no meramente agravante, también en un delito especial impropio (40). Esta línea jurisprudencial es seguida por la STS 350/2005, que ahora nos ocupa, en la que el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 65.3 CP para castigar al *extraneus* como inductor de un delito especial inequívocamente impropio, como es el de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público (art. 390.1 CP).

42. Lo anterior no significa, sin embargo, que la redacción del artículo 65.3 CP no sea ampliamente mejorable en lo relativo a la pro-

---

(40) Señala la STS 18 octubre 2004: «Acerca de si debe merecer acogida la alegación de que el recurrente no tenía capacidad para decidir el destino de los bienes, en razón del cargo que ocupaba, debemos insistir en que hallándonos ante un delito especial que sólo puede cometer el funcionario o autoridad que en tal concepto tenga a su disposición la custodia del dinero o efectos públicos de los que ilegalmente dispone para lucro propio o de terceros, es indudable que tal condición no se daba en el recurrente. No dándose en él tal circunstancia nos hallaríamos, teóricamente, ante un caso de participación del «extraneus» en el delito, que conforme al artículo 65 núm. 3 CP que entró en vigor el 1 de octubre último permite bajar un grado la pena (art. 2.2, 65-3º y disposición transitoria 1.ª del CP) (...)»

blemática que ahora nos concierne. A pesar de pretenderlo, la redacción del precepto de referencia no consigue zanjar definitivamente la discusión relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales. La tesis según la cual los elementos que limitan la autoría en aquella constelación delictiva fundamentan en todo caso la pena no es compartida por la doctrina y la jurisprudencia en su totalidad, ni es algo cuyo conocimiento sea tan evidente que deba darse por sabido. Por esta razón, probablemente habría sido preferible redactar el artículo 65.3 CP de tal modo que el extremo que acaba de ser mencionado hubiera sido expresamente aclarado. O, al menos respetar la redacción que el precepto tenía en el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995, finalmente enmendado. Según éste, «(...) 3. Cuando en el inductor, en el coautor necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada». Esta redacción, al no distinguir entre elementos fundamentadores y modificativos de la pena, probablemente habría garantizado de forma inequívoca un tratamiento unitario de los delitos especiales, así como la desaparición de la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios. Ya que también en los delitos especiales impropios, y no solo en los propios, la Ley «exige para poder ser responsable» del delito las «condiciones, cualidades o relaciones» que limitan la autoría en los delitos especiales (41). Ésta habría sido la única forma de satisfacer la exigencia de que el derecho positivo disponga un tratamiento unitario para todos los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial, de acuerdo con el cual el *extraneus* responda, tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, por el delito especial cometido por el *intraeus*.

43. Tampoco es particularmente afortunada la presencia en el artículo 65.3 CP de la expresión «culpabilidad del autor». En un sentido amplio la idea de culpabilidad comprende aspectos muy diferentes de la responsabilidad penal, como los principios de personalidad, de responsabilidad por el hecho, de dolo / culpa o de imputación personal (42). Por ello, habría sido preferible que la Ley hubiese recurrido a alguna expresión más concretamente vinculada a la naturaleza

---

(41) En este sentido GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

(42) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 4/64.

jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales. En mi opinión, habría sido más certera, por ejemplo, una redacción que hubiese aludido a los elementos de autoría de los delitos especiales como «condiciones, cualidades o relaciones *que fundamentan la autoría* en los delitos especiales». Con ello se habría conseguido destacar algo que no solo suele ser negado por la doctrina, sino que ahora también lo es (y, además, expresamente) por el artículo 65.3 CP. Se trata de que las «condiciones, cualidades o relaciones» que caracterizan a los delitos especiales no tienen naturaleza «personal», sino «objetiva», ya que afectan a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, a la antijuricidad penal del hecho. Esta, y no otra, es la razón de que el artículo 65.3 CP declare el carácter comunicable de tales elementos a todo aquel interviniente en el hecho, también el *extraneus*, que tenga conocimiento de su concurrencia en la persona del autor. De lo contrario, esto es, si las «condiciones, cualidades o relaciones» de los delitos especiales consistieran, efectivamente, en elementos «personales», entonces lo coherente habría sido que el legislador las hubiera regulado como elementos no comunicables a aquellos intervinientes en los que aquéllos no concurren. Esto es, de modo análogo a lo que sucede con las «circunstancias agravantes o atenuantes» previstas en el artículo 65.1 CP.

44. En lo que en este punto del trabajo interesa destacar, el artículo 65.3 CP adolece, según mi parecer, de un último defecto. El precepto indica que el *extraneus* podrá responder con «la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate». Esta cuestionable redacción puede conceder a los partidarios de la solución individualizadora la oportunidad de argumentar (en el hipotético supuesto de aceptar que en todos los delitos especiales los elementos que limitan la autoría *fundamentarían* la pena) de un modo parecido (aunque en este caso en sentido opuesto) a como lo han venido haciendo en Alemania algunos penalistas en relación con § 28.2 *StGB* (43). El argumento sería el siguiente: el artículo 65.3 CP nada diría sobre el *título de imputación* por cuya virtud debería responder el *extraneus* en un delito especial impropio, sino que solo se pronunciaría en relación con el marco penal que a éste le corresponde. Esto es: el artículo 65.3 CP sentaría una especie de regla de determinación de la pena, de acuerdo con la cual el *extraneus* respon-

---

(43) Vid. ROXIN, C., *LK*, 11.<sup>a</sup> ed., § 28/53, y CORTÉS ROSA, M., «Teilnahme am unechten Sonderverbrechen», *ZStW* 90 (1978), pp. 432 ss.

dería por el delito común paralelo, aunque con la pena del especial. En mi opinión, esta posibilidad interpretativa, sin duda distorsionadora, podría haberse evitado si el artículo 65.3 CP hubiese declarado expresamente que el *extraneus* en un delito especial impropio responderá no solo «con la pena» del *intraneus*, sino «por» el delito especial.

## VI.

45. Llegamos, por fin, ya a la última de las cuestiones que constituyen el objeto del presente comentario a la STS 350/2005. Se trata de si, en el caso que nos ocupa, el sujeto que interviene en los hechos como inductor, Augusto, merece menos pena que la persona que lo hace como autor, es decir, José Carlos, por no concurrir en el primero las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP). O dicho de otro modo: se trata de si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder con una pena inferior a la prevista para el *intraneus*. La STS 350/2005 resuelve la problemática en sentido afirmativo. Concretamente, en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia se indica que «como señala el Ministerio fiscal, este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio. Consecuentemente, y de conformidad con antecedentes jurisprudenciales (desde la STS 14.1.1994) procede aplicar el artículo 65.3 del Código Penal y reducir en un grado la pena correspondiente a la falsedad en documento oficial». Comprobemos si la decisión del Alto Tribunal merece ser compartida o no.

46. Antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, un importante sector doctrinal y jurisprudencial ya consideraba que el *extraneus* que participa en un delito especial merece menos pena que el autor *intraneus* del delito. Y no sólo esto, sino que entendía que el Código penal *ex* LO 10/1995 ofrecía mecanismos para atenuar la pena del *extraneus*. Los integrantes de este sector propusieron dos formas de conseguir para el *extraneus* el mencionado efecto atenuante, sin forzar –siempre en su opinión– el derecho positivo, hasta el punto de interpretarlo o aplicarlo analógicamente *contra legem*. Las dos estrategias argumentativas consistieron en la aplicación de una circunstancia genérica atenuante analógica del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP



(art. 9.10 CP 1973) (44) y en la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 65 CP (art. 60 CP 1973) (45).

47. Sin embargo, estas dos soluciones entraban en abierta contradicción con el principio de legalidad. La solución consistente en aplicar una supuesta «atenuante analógica de *extraneus*» ex artículo 21.6.<sup>a</sup> CP topaba con el inconveniente de que, en los casos de referencia, no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «análoga significación» exigida por la ley (46). De todas las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP, ninguna afecta a la categoría que se encuentra implicada cuando nos referimos a la concurrencia o la ausencia de los elementos de autoría de los delitos especiales. Esto es, a la antijuricidad (47). La pretendida analogía únicamente podía haberse predicado tomando como referencia la exigente incompleta del artículo 21.1.<sup>a</sup> CP en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 CP. No obstante, pretender la existencia de una analogía relevante a efectos de pena entre el menor contenido de injusto de la participación del *extraneus* en un delito especial con el menor contenido de antijuricidad que caracteriza, por ejemplo, a una conducta típica co-

---

(44) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 4.<sup>a</sup> ed., 1997, p. 382.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., AP 1996, pp. 19 ss.; SÁNCHEZ-VÉRA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 271 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s. En la jurisprudencia, esta solución encontró el respaldo de múltiples resoluciones, como las SSTS 12 de febrero de 1997, 12 de julio de 1999, 21 de diciembre de 1999 («caso Roldán»), 28 de marzo de 2001 («caso Urralburu»), 8 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2001 y 11 de junio de 2002, entre otras.

(45) CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s.

(46) Ya en 1966 negó esta posibilidad en relación con el *extraneus* no funcionario GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...*, 1966, pp. 292 s. En términos parecidos, concretamente en relación con el delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, se expresó posteriormente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1997, p. 135. También crítica con la solución se muestra RUEDA MARTÍN, M.A., REDPC, 2.<sup>a</sup> época, (8), 2001, p. 29, nota 166. En la jurisprudencia, la crítica a la solución de la atenuante analógica de *extraneus* se encuentra presente, por ejemplo, en la STS 18 octubre 2004. De conformidad con esta resolución, «no se nos pasan por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser –el inductor, cooperador necesario o cómplice– funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del artículo 21 CP y no con el artículo 65 (...)».

(47) Sobre la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP, *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 25/48 ss.

metida en legítima defensa con un exceso intensivo (art. 20.4.<sup>a</sup> CP en relación con art. 21.1.<sup>a</sup> CP) se oponía a la forma de analogía que, probablemente, tiene más sentido para la aplicación del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP. Me estoy refiriendo a la analogía con el *efecto* modificativo del injusto y la razón específica que fundamenta la circunstancia atenuante (48). Parece claro que en el caso que nos ocupa, la pretendida analogía solo habría podido afirmarse en relación con el primero de estos dos efectos. Sólo una aplicación del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP que se conformase con ello podría haber conducido a la solución atenuante que en este trabajo se considera materialmente justa (49).

48. En cuanto a la solución que pasaba por aplicar analógicamente el artículo 65 CP *ex* LO 10/1995, en los delitos especiales propios, la aplicación analógica del artículo 65 CP no podía llevar (en el ya negado supuesto de que el elemento de autoría de estos delitos sea un elemento de naturaleza «personal» en el sentido del artículo 65.1 CP) a la atenuación de la pena del *extraneus*, sino a su *impunidad*. Puesto que el elemento de autoría solo es imputable al sujeto en quien concurra, la aplicación analógica del artículo 65 CP *ex* LO 10/1995 a los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales propios habría debido conducir a imputar dicho elemento únicamente al autor, no pudiendo hacerse responsable al partícipe *extraneus* por ningún otro delito.

49. *La llegada de la LO 15/2003* trajo consigo una trascendental modificación del artículo 65 CP. Esta modificación ha afectado al apartado primero del precepto, al que también se ha incorporado, como ya se mencionó *supra*, un decisivo tercer apartado. Según el actual artículo 65.1 CP, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran». La modificación de este precepto con respecto a su antecedente reside en la sustitución de la referencia a las «circunstancias agravantes o

---

(48) De esta opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 25/50.

(49) No bastaba, en cambio, con que la analogía del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP fuera referida exclusivamente al significado material general de alguna de las atenuaciones del artículo 21 CP. De esta opinión, no obstante, SÁNCHEZ-VERA, J., *Delito de infracción de deber...*, 2002, p. 273. Pero incluso en caso contrario lo cierto es que, como ya se ha indicado, tampoco el significado material de ninguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP coincidiría con el menor merecimiento de pena por la disminución del injusto presente en la conducta del *extraneus* que participa en un delito especial.

atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal» por la más sencilla «circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal». Con ello, el artículo 65.1 CP se habría aproximado, al menos terminológicamente, a los «*elementos personales especiales*» del § 28.2 *StGB* (50). En cuanto al apartado tercero del artículo 65 CP («cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»), este precepto ha evitado hábilmente el principal obstáculo con el que topaba la aplicabilidad del artículo 65 CP 1995 antes de la LO 15/2003: la referencia a las «circunstancias agravantes o atenuantes». El artículo 65.3 CP abandona aquella terminología, todavía presente en los apartados primero y segundo del artículo 65 CP, en favor de la alusión a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor». Con ello, el artículo 65.3 CP habría venido a satisfacer las expectativas de aquéllos que, tanto desde los postulados de la solución individualizadora como desde la solución unitaria, habían venido reclamando del legislador la incorporación al Código Penal de un precepto que, al estilo del § 28.1 *StGB*, estableciera una atenuación de la pena para el *extraneus* (51).

---

(50) Según este precepto, «si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) los elementos personales especiales (§ 14.1) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo con el § 49 *StGB*».

(51) Representa este punto de vista, entre otros autores, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 15/43. En la jurisprudencia lo hacen, entre otras resoluciones, las SSTS 18 de octubre de 2004, 10 de junio de 2005 y 8 de junio de 2006. Según la STS 18 de octubre de 2004, que se pronunció al respecto en el marco de uno de los más paradigmáticos delitos especiales impropios, el delito de malversación de caudales públicos, «(...) cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente de esta Sala viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al número 1 del artículo 28 CP pero sí puede hacerlo, según el número 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios». Por su parte, la STS 10 de junio de 2005 recuerda que «(...) la jurisprudencia de esta Sala ha venido entendiendo que, en este tipo de delitos, el “extraneus” debe ser

50. Desde un *punto de vista político-criminal*, la atenuación *facultativa* de la pena del *extraneus* que participa en un delito especial que se encuentra en el artículo 65.3 CP está, desde mi punto de vista, completamente justificada. A tales efectos, puede resultar de utilidad distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* aquéllos en los que el elemento cualificante expresa la existencia de una *estructura social institucionalizada*; *b)* los delitos especiales que se fundamentan en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*; y *c)* los delitos especiales en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna, sino que se debe a otras razones (52).

---

condenado con una pena atenuada respecto del autor “intraneus” (*vid.*, *ad exemplum*, STS de 28 de marzo de 2001). Hemos de reconocer igualmente que, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para imponer al culpable “extraneus” la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, precepto sin duda favorable a la acusada y por tanto aplicable retroactivamente a la misma, como se solicita en este motivo (*vid.* artículo 2.2 CP). Este Tribunal entiende, por último, que en las conductas enjuiciadas debe apreciarse una mayor antijuridicidad en la llevada a cabo por el funcionario público, en quien concurre, lógicamente, un especial deber de fidelidad y probidad en el desempeño de sus funciones, en aras del mejor funcionamiento de la Administración pública y del interés de la sociedad y de los ciudadanos en general». Por último, la STS 8 junio 2006 señala que «el vigente artículo 65 del Código Penal, tras su reforma operada por LO 15/2003, ha positivizado la inteligencia jurisprudencial de la participación de extraños en estos delitos especiales propios, facultando a los tribunales a empezar una pena conforme en grado a la prevista para quienes detentan el elemento especial de autoría. En el caso de autos procede atender esta menor antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del Alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, deber ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, también la gravedad de la conducta realizada».

(52) Otra clasificación se encuentra en ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss. Robles distingue entre delitos de posición y delitos de infracción de deber. En los primeros, para los que serían de aplicación las reglas generales de determinación de la autoría y la participación, el *extraneus* partícipe no se beneficiará de una atenuación de la pena por su condición de no cualificado. En cambio, en los delitos de infracción de deber (singularmente, en los delitos de funcionario) no podrá producirse –siempre según Robles– intervención del *extraneus* en el delito, por lo que su comportamiento quedará, salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario, sin pena. De la misma opinión, aunque formulando ciertas matizaciones, SILVA SÁNCHEZ,

51. En el primer grupo de delitos especiales, el bien jurídico se encuentra implicado en estructuras sociales institucionalizadas. Por ejemplo, en los delitos contra la Administración pública, el titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público, es el interviniente en el hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se cernirían sobre el bien jurídico. No cabe duda de que, también en estos delitos, el particular que participa en el hecho también accede, indirectamente, al bien jurídico protegido. El no funcionario que ayuda al funcionario competente a malversar caudales públicos también pone en peligro, indirectamente, la confianza del ciudadano en el correcto funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, debe advertirse que, en estos casos, el no funcionario no solo *no tiene* el dominio del riesgo típico que caracterizaría al funcionario público, sino que, como dice ROXIN, *no puede tenerlo* (53). Porque dicho dominio procede de la función pública que desempeña el funcionario, y a la que el partícipe *extraneus* es ajeno. En los delitos de funcionario, el tipo exigirá, normalmente, que el autor sea una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Sin embargo, salvo contadas excepciones, nada dice sobre el partícipe. Ante esta circunstancia, parece difícil negar que éste último podrá ser tanto un funcionario (por ejemplo, uno cuyas competencias específicas no lo conviertan en autor, como ocurre en el caso de la STS 350/2005) como un particular. En estos casos, la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* tendrá la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que existe entre la conducta del partícipe *extraneus* y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se ve facilitada frente al *extraneus* por su condición de funcionario (54).

---

J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 68 s. Silva distingue entre los delitos de posición, los de infracción de deber, y una categoría mixta de delitos especiales (representada, por ejemplo, por el delito fiscal) caracterizada por que, en ellos, se produciría la concurrencia de las dos dimensiones citadas: la de posición y la de infracción de deber. En la primera clase de delitos no cabría la atenuación de la pena del *extraneus*, en la segunda la participación del *extraneus* sería impune, y en los delitos especiales mixtos cabría la atenuación de la pena. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 71.

(53) ROXIN, C., *LK*, 11.<sup>a</sup> ed., 1994, § 28/56 y 88 ss.

(54) De la misma opinión RUEDA MARTÍN, M. A., REDPC, 2.<sup>a</sup> época, (8), 2001, pp. 162 ss.

52. En los delitos especiales cuyo injusto se fundamentaría en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*, el fundamento del dominio del riesgo típico reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición* especial de dominio respecto del bien jurídico. De este modo, el bien jurídico se presenta, frente al *intraneus*, como especialmente vulnerable. Ello sucede, por ejemplo, en delitos como el de revelación de secreto profesional (art. 199 CP) o los delitos societarios (arts. 290-295 CP). Desde mi punto de vista, también en estos delitos especiales cabe afirmar que la aportación del partícipe *extraneus* probablemente tendrá también un menor contenido de injusto. Ello obedece a que la falta de dominio del riesgo típico del *extraneus* resulta difícilmente «subsana-ble» en el caso concreto por no ocupar, a diferencia del *intraneus*, una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. No obstante, considero que el «alejamiento» (*Entfernung*) que, según Roxin, existe entre el *intraneus* funcionario y el partícipe *extraneus* en los delitos de responsabilidad por incumplimiento de una función institucional es, en los delitos especiales de posición, inferior. En esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas ni están tan formalizadas como en los delitos «institucionales». Por esta razón, dichas esferas resultan más «penetrables» por terceros *extranei*, de modo que éstos últimos pueden realizar aportaciones al hecho más relevantes que en aquéllos.

53. Por último, en algunos delitos especiales la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Me estoy refiriendo a delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP) o el alemán de exhibicionismo masculino (§ 183 StGB). En esta tercera clase de delitos especiales, la ausencia del elemento cualificante de la autoría en el partícipe no se corresponde con un menor contenido de injusto de su conducta. De este modo, no cabe afirmar que la conducta del *extraneus* es, por principio, menos grave que la del *intraneus* (55).

54. Desde mi punto de vista, esta clasificación tripartita de delitos especiales debe producir importantes efectos en orden a la solución

---

(55) Vid. HERZBERG, R. D., «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; ÍDEM, ZStW 88 (1976), pp. 68 ss.; ÍDEM, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, *passim*; ÍDEM, «Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», GA 1991, pp. 168 ss.

del problema consistente en si el partícipe *extraneus* debe ser castigado con la misma pena que el autor cualificado o bien con una pena inferior. Según entiendo, tanto en los delitos especiales consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada como en aquéllos que se fundamentan en el incumplimiento de una función no institucionalizada), los Jueces y Tribunales *deben* atenuar la pena del *extraneus*. En estos casos, el *extraneus* se encuentra más alejado del dominio del riesgo típico que ostenta el *intraneus* que en el resto de delitos. Sin embargo, en los restantes delitos especiales no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no sería inferior al que caracteriza la conducta del *intraneus*.

55. Esta última consecuencia puede advertirse de forma evidente en el delito de alzamiento de bienes previsto en el artículo 257.1.º CP. De conformidad con este precepto, «será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (...) el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». La razón por la que el legislador ha decidido circunscribir en este delito el círculo de posibles autores al *deudor* no reside, según creo, en la existencia de un deber jurídico especial consistente en la no defraudación del derecho de crédito de sus acreedores que recaería sobre el *intraneus*. A mi modo de ver, lo que ha impulsado al legislador a la mencionada restricción del círculo de autores es el hecho de que, en la realidad fenomenológica, quien más interés tiene, por lo general, en defraudar al acreedor es su propio deudor. Esto no significa, sin embargo, que su conducta defraudatoria sea necesariamente más grave que la del tercero no deudor que le ayude. Por esta razón, en aquellos casos en los que dicha participación adopte la forma de la inducción o la cooperación necesaria, no existe, en términos de merecimiento de pena, razón alguna para atenuar la pena del *extraneus*.

56. Todo lo anterior conduce a afirmar que en el caso de la STS 350/2005 la decisión del Tribunal Supremo de casar parcialmente la Sentencia de instancia, en el sentido de atenuar la pena de Augusto, en aplicación del artículo 65.3 CP, es correcta. Como ya se ha mencionado, en los delitos en los que el tipo exige que el autor sea una autoridad o funcionario que realice la conducta típica en el ejercicio de sus funciones (el delito de falsedad en documento oficial previsto en el artículo 390.1 CP ello ocurre), el *extraneus* se encuentra, por definición, más alejado del control del riesgo típico que en otros delitos, debido a que el bien jurídico se encuentra circunscrito en un ámbito



fuertemente formalizado. Ciertamente, es Augusto quien convence a José Carlos para que lleve a efecto el boletín de denuncia falso. Pero a partir del momento en que José Carlos se deja convencer, el control del riesgo típico que acaba realizándose en la lesión del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental de funcionario (recuérdese, las funciones del documento) corre exclusivamente a cargo del agente de la Guardia Urbana, José Carlos. Es él el único que puede realizar materialmente el boletín, habida cuenta la virtualidad probatoria que pretende conferir Augusto a dicho documento; de él depende que la denuncia se curse o no ante la Administración competente: y es él, y no otra persona, la que finalmente decide no dar curso a la denuncia y facilitársela a Augusto para que éste adjunte una copia de la misma a la instancia que presente en recurso contra la multa de tráfico que le había sido impuesta. Frente a esto, la capacidad de Augusto para acceder a dicho ámbito de dominio y aproximarse siquiera al control del riesgo típico es nula, o prácticamente nula.

57. Como no puede ser de otro modo, el Tribunal Supremo procede a atenuar la pena de Augusto en aplicación del artículo 65.3 CP. Como ya se indicó *supra*, antes de la entrada en vigor de este precepto, doctrina y jurisprudencia sugirieron varias vías legales para articular *secundum legem* la mencionada atenuación. Y como también se señaló, ninguna de estas soluciones se mostraba respetuosa con el principio de legalidad. El escenario que acaba de describirse reclamaba del legislador, por tanto, la incorporación al Código de un precepto que permitiese atenuar la pena del *extraneus* sin contravenir, con ello, el derecho positivo. Este precepto es el artículo 65.3 CP.

58. Uno de los aspectos más acertados de este precepto consiste en el carácter *potestativo*, no obligatorio, de la atenuación de la pena del *extraneus* («los Jueces o Tribunales *podrán* imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»). Como ya se ha indicado, el *extraneus* que participa en un delito especial no siempre merece ser castigado con una pena inferior a la del *intraneus*. De acuerdo con la clasificación tripartita que aquí se defiende, cabe distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* los delitos especiales con estructuras sociales institucionalizadas; *b)* los fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional; y, *c)* aquéllos en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Como ya se señaló, en términos de merecimiento de pena, el *extraneus* sólo es me-

recedor de una atenuación de la pena en las dos primeras clases de delitos, pero no en cambio, en la tercera. La atenuación facultativa prevista en el artículo 65.3 CP permite satisfacer de forma adecuada esta diversidad de supuestos. Con ello se evita la inconsecuencia (inevitable en un sistema de atenuación obligatoria) que supondría atenuar la pena, por ejemplo, de un «no deudor» que induce a un «deudor» a alzarse con sus bienes en perjuicio de los acreedores de este último, o que coopera necesariamente con él persiguiendo dicho objetivo. Y ello a pesar de no existir, en mi opinión, razón alguna para afirmar en dicho caso que la conducta del *extraneus* merece menos pena que la del *intraneus* (56).

59. No obstante, el artículo 65.3 CP solo alude de forma expresa a dos de las tres formas de participación teóricamente imaginables: la inducción y la cooperación necesaria. No menciona, por tanto, la complicidad. Esta circunstancia hace surgir la duda de si la atenuación prevista en el precepto que ahora nos ocupa resulta, o no, extensible al cómplice. Desde mi punto de vista, del mismo modo que el inductor y el cooperador necesario *extraneus* pueden ser merecedores de una atenuación de la pena en un número considerable de casos, desde una perspectiva de *lege ferenda* no existe razón alguna para que ello no ocurra también en el caso del cómplice. Es probable que la razón por la que el nuevo artículo 65.3 CP no se ha referido expresamente a dicha forma de participación deba verse en el hecho de que éste ya cuente, por principio, con una atenuación de la pena para toda clase de delitos. Esta atenuación coincidiría, además, con el marco penal previsto en el artículo 65.3 CP, en su caso, para el *extraneus* inductor o cooperador necesario en un delito especial: la pena inferior en grado con respecto a la del autor (art. 63 CP). Teniendo en consideración todo esto, quizá quepa concluir que la idea que subyace al artículo 65.3 CP es la siguiente: en los delitos especiales todo interviniente en el hecho a excepción del autor podrá beneficiarse, como máximo, de una atenuación de la pena correspondiente a la pena inferior en grado (57).

---

(56) Esto es lo que habría ocurrido si se hubiese aprobado sin enmiendas el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995. Según este precepto, «se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 que quedan redactados como sigue: «(...) Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales *impondrán* la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada».

(57) La discusión sobre si el *extraneus* que participa como cómplice en un delito especial merece una doble atenuación de la pena, esto es, como cómplice y como

60. Las objeciones que acaban de ser expuestas en modo alguno deberían conducir, sin embargo, a la derogación del artículo 65.3 CP. No resulta compatible en lo relativo a esta materia, por ello, el *Proyecto de reforma del Código Penal* que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria (58). En el artículo Único del mismo se incluye un apartado decimoquinto, en el que declara que «se suprime el apartado 3 del artículo 65». La E. de M. de dicho proyecto no hace mención alguna a las razones que justifican dicha derogación. Con todo, parece razonable presumir que ésta coincidirá, en esencia, con el contenido de las enmiendas presentadas en su momento por el Grupo Parlamentario Socialista (59) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (60), proponiendo la supresión del apartado tercero del artículo 65 CP. Según el tenor literal de dichas enmiendas, «la propuesta (scil. de incorporación al CP del actual art. 65.3 CP) es sencillamente una aberración jurídica. Contempla el problema de la parti-

---

*extraneus* no es en absoluto nueva en el contexto, más amplio, de los países de nuestro entorno cultural. Uno de los países en los que este debate ha tenido lugar de un modo más intenso, sin duda gracias a la presencia de un precepto de profundas raíces históricas como el § 28 *StGB*, es Alemania. En el ámbito de la discusión alemana, un número considerable de autores considera que no existe razón alguna para negar la posibilidad de atenuar la pena del cómplice *extraneus* en dos grados, uno como cómplice y otro como *extraneus*, con respecto a la pena del autor. El principal argumento que este sector doctrinal invoca en favor de esta solución es que, en caso contrario, se equipararía penológicamente, de un modo injusto, dos clases de intervenciones en el hecho que para el legislador tienen distinto contenido de injusto: las de inducción/cooperación necesaria y las de complicidad. Creo que este último argumento sería plenamente extensible, desde una perspectiva *de lege ferenda*, a la legislación penal española. Como es sabido, el artículo 28 CP equipara penológicamente al inductor y al cooperador necesario con el autor, y el cómplice queda excluido de esta equiparación en virtud del artículo 29 CP. En principio, esta regulación tiene carácter general. Se diría, por tanto, que su pretensión de validez abarcaría, por consiguiente, tanto a los delitos comunes como a los especiales. Sin embargo, el artículo 65.3 CP parece establecer una excepción a esta regla general. Castigando con la misma pena al inductor/cooperador necesario y al cómplice *extraneus*, el legislador de 2003 habría ignorado la teórica diferencia valorativa existente entre unas y otras contribuciones al hecho delictivo. Pero, ¿cuál es la razón que explicaría que dicha diferencia valorativa entre tales formas de participación deba tener su reflejo en la pena de unos y otros en los delitos comunes y no, en cambio, cuando de delitos especiales se trate? Si, como creo, lo que explicaría la atenuación de la pena para los *extranei* en gran parte de los delitos especiales sería la no concurrencia en ellos de los elementos que restringen el círculo de autores en esta clase de delitos; y si ello reflejaría, además, una mayor dificultad de ejecución o menor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico, ¿cómo se explica, entonces, que el cómplice *extraneus* no sea también merecedor de dicha atenuación de la pena?

(58) «BOCG, Congreso de los Diputados», 15 de enero de 2007.

(59) Enmienda número 85.

(60) Enmienda número 47.

cipación en delitos especiales, respecto de la cual tanto jurisprudencia como doctrina estima que se rige por las reglas comunes, con la excepción para la autoría principal de los delitos especiales propios. En España es absolutamente minoritaria la doctrina que ha sostenido que los “extraños” que participan en un delito especial han de tener una especie de atenuación análoga (sin base legal, por supuesto) fundada en el hecho de “no tener la condición especial”, como si no fuera cierto que no han contribuido igualmente a la lesión del bien jurídico. Esa opinión parte de considerar que los delitos especiales son una especie de “subsistema”, que no se rige por el principio de protección de bienes jurídicos, sino por el de infracciones de deber, en clara regresión respecto del pensamiento moderno. Es, por lo tanto, una modificación innecesaria, regresiva y sectaria, en la medida en que sólo pretende satisfacer a un insignificante sector doctrinal» (61).

---

(61) «BOCG, Congreso de los Diputados», 23 de junio de 2003. También críticos con el artículo 65.3 CP se muestran QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios*, 3.ª ed., 2004, p. 424; y ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126 s., quien afirma que «*hubiera sido más conveniente y acertado no introducir el artículo 65.3 CP*».

# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

## CONSTITUCIÓN

### ARTÍCULO 14

#### *Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

«Como señalábamos en la STC 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2, la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho viene exigiendo para concluir que se ha producido su lesión:

*a)* La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en que casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria.

*b)* La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley.

*c)* La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de ‘la referencia a otro’ exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

*d)* El tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (entre otras muchas, SSTC 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3), respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, y ello a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia. Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones (por todas, la ya citada 117/2004), ‘lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*,

siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (STC 201/1001, de 28 de octubre, FJ 2 y Sentencias en ella citadas)'. Por esta razón no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando puede constatarse que el cambio de criterio se efectúa con vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que llevan a apartarse de sus decisiones precedentes o porque se deduzca de otros elementos de juicio externos, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3, y 76/2005, de 4 de abril, FJ 2, entre otras muchas)''.»

(STC 2/2007, de 15 de enero. Recurso de amparo 5793/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 15 de febrero de 2007. En el mismo sentido, STC 147/2007, de 18 de junio, «BOE» de 27 de julio de 2007; y STC 184/2007, de 10 de septiembre, «BOE» de 16 de octubre de 2007).

### *Principio de igualdad*

«Es necesario traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el principio de igualdad, en los aspectos que aquí y ahora interesan:

a) El artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y concurra una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción resulten proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o

desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 por todas).

b) La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).»

(Auto del Pleno 328/2007, de 12 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 11182/2006, «BOE» de 31 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 15

### *Derecho a la integridad física y moral*

«Conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también —en lo que ahora interesa— contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. Y precisando esta doctrina en relación a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) sobre el cuerpo del imputado o de terceros, hemos declarado que en “las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).»

(STC 206/2007, de 24 de septiembre. Recurso de amparo 4487/2005. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 31 de octubre de 2007).



## ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad personal. Detención preventiva*

«Conviene recordar, en la línea de una reiterada doctrina de este Tribunal, que nuestra Constitución, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible (SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3), en consonancia con lo dispuesto en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 5.2 y 3) y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 9.3), que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial.

En este sentido, hemos afirmado que el artículo 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3). Este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada (STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2). En consecuencia, la vulneración del citado artículo 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasarse el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2). Por ello, hemos afirmado en la reciente STC 250/2006, de 24 de julio, que “pueden calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente” (FJ 3).»

(STC 165/2007, de 2 de julio. Recurso de amparo 4796/2006. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 3 de agosto de 2007).

*Prisión provisional. Motivación*

«El examen de la pretensión de amparo ha de partir de la reiterada y consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales y, en particular, de las relativas a la restricción de la libertad personal (art. 17.1 CE). En concreto, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso

en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a; 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4.b), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente al asegurar la presencia del imputado en el juicio y al de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo. Se trata, por consiguiente, de conjurar ciertos riesgos, de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva, que deben sostenerse en datos objetivos. Así, hemos señalado específicamente que, en el momento de adopción inicial de la medida, el riesgo de fuga se puede sustentar solo en circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena, mientras que, con el transcurso del tiempo, se han de ponderar las circunstancias personales del privado de libertad y del caso concreto (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10).

De otra parte, respecto a la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, este Tribunal ha sostenido que al tener un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 66/1997, de 7 de abril, FJ 6; 146/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 33/1999, 8 de marzo, FJ 6). En particular en la STC 66/1997, FJ 6, sostuvimos que “el hecho de que la tramitación se halle avanzada y la vista próxima es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de nuestro enjuiciamiento: es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la STC 128/1995 con amplia cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el argumento del peligro de fuga ‘se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso *Wemhoff*; de 27 de junio de 1968, caso *Neumeister*; de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter*)’ [fundamento jurídico 4.b)]. Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral –dato puramente objetivo–, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado”.

Finalmente, hemos de recordar también que la prisión provisional no puede justificarse en fines punitivos que impliquen la anticipación de la pena, y que es a la jurisdicción ordinaria a quien compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (por

todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4, 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7), con independencia de que a este Tribunal le corresponda el control externo de la existencia dicha justificación adecuada a los fines legítimos de la medida cautelar (STC 179/2005, de 4 de julio, FJ 4).

.../...

No sobra señalar que resulta irrelevante para el enjuiciamiento de la adecuación constitucional de la medida de prisión impugnada el hecho de que el recurrente resultara finalmente absuelto en la causa en la se decretó dicha medida. Debe recordarse que la decisión sobre la prisión provisional del imputado constituye una decisión que se adopta en una situación de necesidad en la que están en juego distintos bienes y derechos constitucionales y en un contexto de incertidumbre acerca de la responsabilidad penal de la persona sobre cuya privación de libertad se discute. En tales circunstancias la legitimación constitucional de la medida sólo exige que recaiga “en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad”, donde concurran en el afectado “sospechas razonables de responsabilidad criminal” (STC 128/1995, FFJJ 3 y 4). Por lo demás, esta apreciación de una cierta probabilidad de responsabilidad penal no necesariamente se sustentará en los elementos de prueba disponibles para el enjuiciamiento de fondo de la causa, por lo que resulta posible que, como ahora es el caso, a una medida de prisión provisional adoptada de un modo constitucionalmente irreprochable pueda seguir una Sentencia absolutoria de quien sufrió la medida».

(STC 35/2007, de 12 de febrero. Recurso de amparo 322/2005. Ponente. Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 14 de marzo de 2007).

«a) Desde la STC 128/1995, de 26 de junio, este Tribunal viene afirmando que la prisión provisional es una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva); y, como objeto, que se la conciba tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FFJJ 3 y 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; o más recientemente STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2).

b) Las decisiones relativas a la adopción y mantenimiento de prisión provisional han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, motivación que ha de ser “suficiente y razonable”, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquélla que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego –la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional.

Para ello, obviamente, la resolución judicial ha de expresar cuál es el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. Y, en relación con la constatación del peligro de fuga, hemos destacado que deberán tomarse en consideración “además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con

que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado”, matizando, que si bien en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional pueden justificar que se adopte atendiendo sólo a circunstancias objetivas, como el tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica el valor de este dato en la ponderación y obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2).

Por otra parte, respecto a la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, este Tribunal ha sostenido que, al tener un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 66/1997, de 7 de abril, FJ 6; 146/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 33/1999, 8 de marzo, FJ 6; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2). En particular, en el fundamento jurídico 6 de la STC 66/1997, invocada por el demandante, sostuvimos que “el hecho de que la tramitación se halle avanzada y la vista próxima es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de nuestro enjuiciamiento: es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga. Sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que acabamos de indicar, no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como se razonó en la STC 128/1995 con amplia cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el argumento del peligro de fuga ‘se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff; de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter)’ [fundamento jurídico 4.b)]. Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral –dato puramente objetivo–, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya”.

c) La falta de motivación, en los términos anteriormente expuestos, de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el artículo 17 CE (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2; 138/2002, de 3 de junio, FJ 3).

Conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación, no sólo colme el deber general de motivación, que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la

justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (por todas, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2). Por ello el análisis de la insuficiencia de motivación desde la perspectiva del deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad.

d) Finalmente hemos de recordar también que es a los órganos de la jurisdicción ordinaria a quienes compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, puesto que tales organismos son los únicos que gozan de la inmediatez necesaria para ello. A este Tribunal, en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, le corresponde controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7; 179/2005, de 4 de julio, FJ 4; 35/2007, de 12 de febrero, FJ 2)».

(STC 149/2007, de 18 de junio. Recurso de amparo 22/2005. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 27 de julio de 2007. En sentido similar, SSTC 150/2007, 151/2007 y 152/2007, en el mismo «BOE»).

## ARTÍCULO 17.4

### *Habeas corpus*

«Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* previsto en el artículo 17.4 CE y en qué medida puede verse vulnerado este precepto por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite. Según esta doctrina, el procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso final del citado artículo y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. Este procedimiento, aun siendo un proceso ágil y sencillo de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (entre otras, SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 25/2006, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, hemos afirmado que la esencia de este proceso consiste precisamente en que “el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida” (STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3), es decir “haber el cuerpo de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas” (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12).

En coherencia con lo anterior, también hemos afirmado que, aunque la Ley Orgánica 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, e incluso denegar la incoación del procedimiento previo el dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad de tal inadmisión a trámite debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, constatada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias. Siendo improcedente la inadmisión fundada en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, pues el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el juicio de fondo, lo que obliga al Juez a examinarlas y, consecuentemente, a oír al solicitante del *habeas corpus* (por todas, STC 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3). No debe olvidarse que el artículo 7 LOHC prevé en este trámite la posibilidad de que el recurrente pueda formular las alegaciones que tuviera por convenientes y proponer y practicar los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas, por lo que la denegación judicial de la admisión a trámite del presente procedimiento privaría al solicitante de tal oportunidad, desvirtuando así el procedimiento de *habeas corpus*.

Por otra parte, este Tribunal también ha afirmado de manera específica que el procedimiento de *habeas corpus* no sirve solamente para verificar el fundamento de cualquier detención, sino también para poner fin a detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prorrogan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales (SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 61/2003, de 24 de marzo, FJ 2 a). Por esta razón, la Ley Orgánica 6/1984, prevé que el Juez de *habeas corpus* puede adoptar distintas medidas: una es la de poner inmediatamente en libertad al indebidamente privado de ella, pero otra consiste, precisamente, en acordar que “la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención” [art. 8.2.c)]. Habiendo afirmado este Tribunal que este enjuiciamiento de la legalidad de la detención a que antes hemos hecho referencia, que ha de llevarse a cabo en el juicio de fondo previa audiencia del solicitante y demás partes, “es si cabe, aún más necesario cuando el solicitante alegue que la privación de libertad se ha prolongado indebidamente” (en este sentido, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5).»

(STC 165/2007, de 2 de julio. Recurso de amparo 4796/2006. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 3 de agosto de 2007).

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho a la intimidad personal*

«Este derecho, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 27/2003, de 30 de junio, FJ 7; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, entre otras). El artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohi-

bición de hacer uso de lo así conocido (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 y las allí citadas).

En concreto, y en relación con las diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, hemos afirmado que las intervenciones corporales pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, no tanto por el hecho en sí de la intervención (que, en su caso, afecta al derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, si se trata de información referente a la esfera de la vida privada y que el sujeto puede no querer desvelar, como la relativa al consumo de alcohol o de drogas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5, por todas).

(.../...)

Debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que, en palabras de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, el recorte que aquél haya de experimentar esté fundado “en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 44/1999, de 5 de abril, FJ 4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5). El artículo 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, las injerencias en la intimidad ‘arbitrarias o ilegales’. De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”.

Por lo que respecta a la previsión legal habilitante, hemos dicho que la reserva de ley constituye “el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas” y “no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate”, pero que en todo caso implican que “el legislador ha de hacer ‘el máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

Y profundizando en esa exigencia, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 6, recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que “las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho



fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11)”.»

(STC 206/2007, de 24 de septiembre. Recurso de amparo 4487/2005. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 31 de octubre de 2007).

### *Derecho a la propia imagen*

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas sobre vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 17 de abril; 81/2001, de 26 de marzo; 139/2001, de 18 de junio; 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril; 14/2003, de 28 de enero, y 300/2006, de 23 de octubre.

En lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del artículo 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), señaladamente las libertades de expresión o información [art. 20.1.a) y d), CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6).»

En tal sentido debe tenerse presente, por lo que al presente caso interesa, que el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”. Y el artículo 8.2 establece, en efecto, que el derecho a la propia imagen no impide: “a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público... c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”. Precizando el mismo precepto en su párrafo final que la excepción contemplada en el apartado a) no será de aplicación “respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

(STC 72/2007, de 16 de abril. Recurso de amparo 2142/2003. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 23 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 18.2

### *Derecho a la inviolabilidad del domicilio*

«Si el “rasgo esencial” del domicilio como objeto de protección del artículo 18.2 CE es el de “constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada” (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 6), de modo que se identifica con la “morada de las personas físicas”, “reducto último de su intimidad personal y familiar” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), resulta que la casa del amigo en la que se encontraba el demandante de amparo cuando fue detenido era su domicilio en tal momento, el lugar en el que, siquiera transitoriamente, mientras se encontraba en dicha localidad, “vivía”, tenía su espacio vital de referencia, un ámbito en el que recogerse, salvaguardar sus objetos más personales y poder desarrollar los aspectos de su vida personal que considerara más privados.

Hemos de recordar al respecto que nuestra STC 10/2002, de 17 de enero, consideró que “las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada” (FJ 8), y que la STC 189/2004, de 2 de noviembre, extendió esta declaración “con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando... la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza” (FJ 2). Y procede también recordar que el sustento de estas dos calificaciones de ciertos espacios como domicilio se encuentra en la definición de domicilio inviolable en el sentido del artículo 18.2 CE, muy consolidada en nuestra jurisprudencia, como “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de ema-

nación de la persona y de esfera privada de ella” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; también, entre otras, SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Existe así un “nexo indisoluble” entre la “sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto... (art. 18.1 y 2 CE)” (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5). Ello significa “en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada” (SSTC 10/2002, FJ 7; 189/2004, FJ 2). En concreto, en relación con las habitaciones de hotel, subrayábamos algo que resulta ahora trascendente para la consideración como domicilio del lugar en el que fue detenido el demandante de amparo: que “ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso... ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su artículo 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito” (FJ 8).

(.../...)

Como afirmamos en nuestra STC 22/2003, de 10 de febrero, “la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio” (FJ 7), sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. El ejercicio del derecho, de contenido “fundamentalmente negativo”, consiste en el ejercicio de la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es, de la “facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 22/2003, FJ 3). No en vano la Constitución se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio como preservación de un determinado espacio (“El domicilio es inviolable”) y configura su garantía esencial a través de la interdicción de toda entrada en el mismo que no sea consentida por su titular o autorizada judicialmente, “salvo en caso de flagrante delito” (art. 18.2 CE).

Si la convivencia en un mismo domicilio no altera, en principio, ni la titularidad del derecho ni la posibilidad de su ejercicio, resulta que cada titular del mismo mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero que no mora en él. Ello no obsta para que la composición razonable de los intereses en juego de los comoradores haga que usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar a priori en que la autori-

zación de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás. En este sentido hemos dicho que “cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 7). Puede suceder, naturalmente, que excepcionalmente aquel pacto no exista como tal, o que sea evidente que no concorra respecto a determinadas entradas domiciliarias por el perjuicio que puedan comportar para alguno de los moradores. Así, para el caso de una cónyuge separada que autorizó el registro de la vivienda común en unas diligencias en las que se imputaba a su marido un delito contra ella, afirmamos en la STC 22/2003 que “el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa” (FJ 8).

Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del domicilio concurre en el derecho de quien habita en una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que comporta su paso a una situación de comorador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal. Al igual que sucede con el ejercicio del derecho de exclusión de los “cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 6), en el que concurre usualmente un pacto recíproco de admisión de las entradas consentidas por otro cotitular, puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede graciosamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las entradas que el titular originario del domicilio consienta en el mismo.

Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio del segundo comorador, sin embargo, puede encontrar a su vez un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en los que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Esto es lo que sucede en el presente caso. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de éste, queda, sin embargo, afectado con la máxima intensidad el derecho de aquél a la preservación de un ámbito espacial íntimo a través de una facultad de exclusión del mismo “de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada.

(.../...)

La perspectiva constitucional de enjuiciamiento acerca de la actitud subjetiva del morador respecto a la intromisión en su domicilio en orden a constatar la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad de aquél no es la de si concurrió una “prohibición tajante” o, al menos, una oposición a la entrada, sino la de si “no consintió” tal intromisión, aunque sin duda aquellas prohibición y oposición constituyan concreciones de esta falta de consentimiento. Dicho en otros términos, es preciso el consentimiento de su titular para justificar la intromisión domiciliar ex artículo 18.2 CE, no bastando su falta de oposición a la misma, por mucho que en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito».

(STC 209/2007, de 24 de septiembre. Recurso de amparo 6377/2005. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 31 de octubre de 2007).

### ARTÍCULO 18.3

#### *Intervención de las comunicaciones telefónicas*

«Este Tribunal ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una imitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idonei-

dad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él –es un prius lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 –caso Klass– y de 5 de junio de 1992 –caso Ludi) o, en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 LECrim, en “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa” (art. 579.1 LECrim) o “indicios de responsabilidad criminal” (art. 579.3 LECrim; SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito. En consecuencia, la mención de los datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). Será necesario establecer, por lo tanto, para determinar si se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones, la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que justificara la adopción de la medida limitativa (SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5).»

(STC 253/2006, de 11 de septiembre. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 11 de octubre de 2006).

## ARTÍCULO 20

### *Conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor*

«Según una ya muy asentada jurisprudencia constitucional, la confluencia conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor debe resolverse a través de un análisis de ponderación en el que ha de tomarse en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones que afecten a la organización colectiva. En efecto, “el artículo 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal desde su STC 6/1981, de 16 de marzo, ... al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña ‘el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político’ (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; también, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 121/1989, de 3 de julio, FJ 2; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 4; 132/1995, de 11 de septiembre, FJ 4; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 8; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Como afirmaba la STC 101/2003, de 2 de junio, “sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (por todas STC 6/1981, de 16 de marzo; en el mismo sentido SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 336/1993, de 15 de noviembre). La libertad de expresión aparece así como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección” (STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3), y necesitada de un “amplio espacio” (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4), es decir, “un ámbito exento de



coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a)” (STC 110/2000, FJ 5).

Con este punto de partida quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 181/2006, de 19 de junio, FJ 5), y que además, en la medida en la que no quede ya excluida su legitimación por su gratuidad a tales efectos, no sean “formalmente injuriosas” (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3), “absolutamente vejatorias” (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4 ). Así, “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de ‘pensamientos, ideas y opiniones’, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (entre otras muchas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4; y STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 46)” (STC 181/2006, FJ 5).

(.../...)

La aplicación de este canon de análisis a los supuestos que se suscitan ante el Tribunal Constitucional requerirá, obvio es decirlo, atención especial a las circunstancias concretas en las que las expresiones debatidas se vierten, “debiéndose desde luego incluir en ese juicio ponderativo, según señala la STC 104/1986, el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico o mordaz, el hecho de afectar al honor del denunciante, no en su faceta íntima y privada, sino en relación con su comportamiento como titular de un cargo público, la finalidad de crítica política de la información y la existencia o inexistencia del *animus injuriandi*” (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). La STC 160/2003, de 15 de septiembre, señala como “circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión derivados de su concurrencia con otros derechos fundamentales...: el juicio sobre la relevancia pública del asunto (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre, y 178/1993, de 31 de mayo) y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (STC 76/1995, de 22 de mayo), especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (STC 107/1988, de 8 de junio), como una entrevista o intervención oral (STC 3/1997, de 13 de enero), y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (SSTC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, y 15/1993, de 18 de enero, entre otras)” (FJ 4).»

(STC 9/2007, de 15 de enero. Recurso de amparo 5586/2004. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de febrero de 2007).

### *Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa*

«La consolidada doctrina que hemos ido sentando sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión aparece sintetizada, entre otras, en las SSTC 235/2002, de 9 de diciembre, FJ 2; 117/2003, de 16 de junio, FJ 2; 65/2004, de 19 de abril, FJ 2; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; 22/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 232/2005, de 26 de septiembre, FJ 3. Parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).

Asimismo hemos puntualizado (SSTC 22/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 232/2005, de 26 de septiembre, FJ 3), que “la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod)”.

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los procesos judiciales. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, “que cooperan con la Administración de Justicia” –según el epígrafe del libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonstar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, FJ 2; 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 235/2002, de 9 de enero, FJ 2). Para determinarlo, deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, pues éstas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria».

(STC 145/2007, de 18 de junio. Recurso de amparo 4420/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 27 de julio de 2007).

### *Derecho de rectificación*

«Nuestra doctrina referente al derecho de rectificación puede recordarse que ya en la STC 35/1983, de 11 de mayo, FJ 4, se hablaba del “carácter puramente instru-

mental” del mismo “en cuanto su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas”; y en la STC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 4, se afirmaba que “el derecho de rectificación es sólo un medio del que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor”. Precisamos también en la STC 40/1992, de 30 de marzo, FJ 2, que “si bien el derecho a la rectificación de la información no suplanta, ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección al derecho del honor, sí la atenúa, pues constituye el mecanismo idóneo para reparar lo que sólo por omisión de los hechos relacionados pudiera constituir intromisión en el derecho al honor imputable a quien sirve de soporte o vehículo para la difusión pública de tales hechos”.

El derecho de rectificación aparece así, por un lado, como un derecho subjetivo que funciona como instrumento previo al ejercicio de acciones para la defensa del patrimonio moral de la persona frente a la actividad de los medios de comunicación; y, por otro, como un complemento de la garantía de la libre formación de la opinión pública, pues, como hemos dicho en la ya citada STC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 5, “además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone ... un complemento a la garantía de la opinión pública libre ... ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad”».

(STC 51/2007, de 12 de marzo. Recurso de amparo 2454/2004. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 17 de abril de 2007).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción y acceso a los recursos*

«Hemos de recordar que constituye una garantía esencial del justiciable que el derecho a la tutela judicial efectiva comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que este Tribunal haya sostenido que son conformes con el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE las resoluciones judiciales de inadmisión, o de desestimación que se fundamenten en óbices procesales, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).

Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, dictada por el Pleno de este Tribunal, hemos venido manteniendo de modo constante que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias, en razón de la existencia de un derecho del condenado a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un Tribunal superior, incorporado a las garantías constitucionales del proceso justo (por todas, SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 6; 116/2006, de 24 de abril, FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, el principio

hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión que “es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos”. De modo que esa diferencia entre el acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos se proyecta en la función de control que corresponde a este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que incidan en uno u otro ámbito (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 119/1998, de 4 de junio, FJ 1; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; 225/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4, entre otras muchas).

Como lógico corolario de la mencionada doctrina hemos afirmado que no es posible imponer, en los casos en los que existe ya un pronunciamiento en la instancia, una concreta interpretación de la norma procesal que permita el acceso al recurso. La decisión sobre su admisión o no y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda intervenir, salvo que la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente (entre otras muchas, SSTC 119/1998, de 4 de junio, FJ 2; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 265/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4). Un respeto a las decisiones de los Jueces y Tribunales adoptadas en este ámbito de la interpretación y de la aplicación de la legalidad ordinaria que debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien está conferida la función de interpretar la ley ordinaria, también evidentemente la procesal, con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil, y en un recurso, como el de casación, que es extraordinario y está sometido en su admisión a rigurosos requisitos, incluso de naturaleza formal (SSTC 119/1998, de 4 de junio, FJ 2; 230/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).

Por último, es preciso recordar que, cuando se pretende el amparo de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, la hipotética falta de tutela ha de ser imputable al órgano judicial, y no resultar de una actuación negligente, imperita o técnicamente errónea de quien recurre, de manera que si, con carácter general, los errores que se atribuyen a los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica de los intervinientes en el proceso, estos defectos o irregularidades carecen de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error es imputable de modo decisivo a la negligencia de la parte (por todas, SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 5; 214/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 125/2005, de 23 de mayo, FJ 3).»

(STC 246/2007, de 10 de diciembre. Recurso de amparo 2612/2005. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 27 de diciembre de 2007).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las sentencias firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y constituye una proyección del

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues si este derecho comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 CE consagra.

El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4, entre otras muchas).»

(STC 234/2007, de 5 de noviembre. Recurso de amparo 5093/2006. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 10 de diciembre de 2007).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*

«Es preciso comenzar por recordar que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, el derecho a la tutela judicial efectiva conlleva, en primer lugar, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y que “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3)”, que “conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6)” (STC 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tute-

la de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (art. 15 CE). Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).»

(STC 74/2007, de 16 de abril. Recurso de amparo 4124/2003. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 23 de mayo de 2007. En el mismo sentido, STC 51/2007, de 12 de marzo, «BOE» de 17 de abril de 2007).

«El examen de la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe partir de la reiterada doctrina constitucional sobre la proyección de este derecho fundamental, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial motivada y congruente, en el concreto ámbito del procedimiento disciplinario penitenciario, sintetizada en la STC 268/2006, de 11 de septiembre (FFJJ 2 y 3):

a) El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 186/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; y 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2).

Naturalmente, de este derecho no están privadas las personas reclusas en los centros penitenciarios, cuyo derechos constitucionales reconoce expresamente el artículo 25.2 CE –que sólo excepciona aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria–, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (art. 3 LOGP). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas reclusas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del artículo 6 del Convenio de Roma (SSTEDH de 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell c. Reino Unido; y de 9 de octubre de 2003, caso Ezeh y Connors c. Reino Unido). Por nuestra parte hemos insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 4; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; o 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

b) La salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias y, subsidiariamente, a los órganos jurisdiccionales, de un modo singular a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En no pocas ocasiones hemos afirmado el rele-

vante papel que en nuestro sistema penitenciario tienen dichos órganos judiciales, a los que corresponde no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias [art. 76.2.e) LOGP y art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ], sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, conforme dispone el artículo 76.1 y 2.g) LOGP (por todas, SSTC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 1; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).

Por ello, cuando el interno acude al Juez de Vigilancia Penitenciaria e impugna una sanción impuesta por la Administración penitenciaria, ejerce su derecho ex artículo 24.1 CE a promover la actividad jurisdiccional, que ha de ser satisfecho mediante la obtención de una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que, ciertamente, no tiene que ser favorable, pero sí congruente con lo pedido. Más aún, la exigencia de la necesaria respuesta a cuantas pretensiones se formulen en este ámbito cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que hemos declarado en distintas ocasiones que todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental requiere una respuesta expresa (entre otras muchas en el ámbito penitenciario, SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 4; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 128/2003, de 30 de junio, FJ 6; 2/2004, de 14 de enero, FJ 2; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5; y 165/2006, de 5 de junio, FJ 2).

c) Hemos admitido en diversas ocasiones la lícitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5). Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del artículo 24.1 CE estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4). Precisamente desde esta perspectiva de la posible concurrencia de una incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial es como hemos examinado en otras ocasiones denuncias análogas a la actual (SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 3; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 5; y 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 6).»

(STC 215/2007, de 8 de octubre. Recurso de amparo 6623/2004. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 14 de noviembre de 2007).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente*

«Es consolidada jurisprudencia de este Tribunal, resumida entre otras muchas en la reciente STC 132/2007, de 4 de junio (FJ 4), que para comprobar si efectivamente una resolución judicial ha incurrido en un error patente con relevancia constitucional es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución



(*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; *b*) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; *c*) ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y *d*) ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano.»

(STC 221/2007, de 8 de octubre de 2007. Recurso de amparo 6131/2006. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 14 de noviembre de 2007. En el mismo sentido, STC 161/2007, de 2 de julio, «BOE» de 3 de agosto de 2007).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales*

«El derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE tiene como contenido primario el que sus titulares puedan obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello significa que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que ese fundamento de la decisión ha de resultar de la aplicación no arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en error patente de las normas que se consideren aplicables al caso (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 363/2006, de 18 de diciembre, FJ 2).

Estas exigencias generales adquieren perfiles propios respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, debido a su fundamental papel en la preservación y salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos. Por ello, y teniendo en cuenta la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios –por cuanto cualquier sanción supone de por sí una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena–, la exigencia de una respuesta a las pretensiones formuladas en el mismo y fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales cobra particular intensidad. Y –en situaciones asimilables a la del ahora demandante de amparo– hemos fijado con precisión el alcance de la exigencia constitucional de congruencia, al afirmar que en la medida en que los recursos presentados por los internos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contengan alegaciones relativas a un derecho fundamental, existirá denegación de tutela por incongruencia omisiva siempre que no exista respuesta expresa, cuando menos, sobre tales pretensiones (por todas, SSTC 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 53/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 2/2004, de 14 de enero, FJ 4; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).»

(STC 124/2007, de 21 de mayo. Recurso de amparo 711/2005. Ponente: Doña Elisa Pérez Vera. «BOE» de 22 de junio de 2007).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal*

«Es procedente recordar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sen-

tencias penales absolutorias, que fue sintetizada en las SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2; 192/2005, de 28 de julio, FJ 3; y 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2:

“La víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4; 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente el titular del *ius ut procedatur*, es decir, del ‘derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho’ (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Asimismo este Tribunal ha precisado que cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal, tras la sustanciación del proceso con plenas garantías, no ha dictado sentencia condenatoria, cabe acudir a este Tribunal para solicitar un pronunciamiento declarativo, previsto en el artículo 55.1.b) LOTC, sobre la existencia de la vulneración alegada del derecho fundamental sustantivo de que se trate. En estos supuestos, en caso de otorgarse el amparo, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará, en efecto, a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria firme impugnada (entre otras muchas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 3).

Por el contrario, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE, entonces sí es procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquel en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias ‘no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales’ (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7).

En aplicación de esta doctrina, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio), por haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre) o por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la

cuestión de fondo y versando exclusivamente la apelación sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su cónyuge (STC 168/2001, de 16 de julio).”

Por otra parte, dada la veda constitucional del *bis in idem*, ha de tenerse en cuenta que aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa pueda significar la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable, desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en casación en este caso carecía de ese carácter. Así pues no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. Como indicamos en la STC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 3.e), citado luego en la STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 3, “el elemento de la firmeza de la Sentencia impeditiva de la celebración de un nuevo juicio se destaca en los textos internacionales que ex artículo 10.2 CE deben operar como elemento interpretativo de los derechos fundamentales, como es el caso del artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, y del artículo 4.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, suscrito, aunque no ratificado por España. De modo que no existe impedimento constitucional de principio para que una Sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado”.».

(STC 218/2007, de 8 de octubre. Recurso de amparo 2193/2005. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 14 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a la asistencia letrada*

«En los supuestos en que la intervención de Letrado no sea legalmente preceptiva la garantía de la asistencia letrada no decae como derecho fundamental de la parte procesal. A este respecto ha de tenerse en cuenta que el hecho de poder comparecer personalmente ante el Juez o Tribunal no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, dejándose a su libre disposición la opción por una u otra (así, SSTC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 5; 215/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; y 222/2002, de 25 de noviembre, FJ 2).

Este derecho constitucional a la asistencia letrada en los casos en que la intervención de Abogado no sea legalmente preceptiva –especialmente si afecta a procedimientos penales– exige que, cuando se opte por la defensa técnica de un Abogado de oficio por carencia de medios económicos y se ponga de manifiesto esa circunstancia con las debidas formalidades legales ante el órgano judicial, éste se pronuncie expresamente sobre su pertinencia, ponderando si los intereses de la justicia así lo exigen. Para ello debe atender el órgano judicial a las concretas circunstancias del caso, con especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal, a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante [STC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3.b)] y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (STC 22/2001, de 29 de enero, FJ 4). Y todo ello porque, como ha sido reiterado, los órganos judiciales tienen la función de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, lo que les impone el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición

procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan causar a alguna de ellas resultado de indefensión (STC 199/2003, de 10 de noviembre, que cita, a su vez, las SSTC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 47/1987, de 22 de abril, FJ 2, y 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3).

En estos casos, indicábamos en la citada STC 199/2003, FJ 5, “la exigencia de que el interesado solicite formalmente ante el órgano judicial la designación de Letrado de oficio (SSTC 22/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 145/2002, de 15 de julio, FJ 3) se deriva de que lógicamente –si el contenido de este derecho se concreta en la posibilidad de optar por la autodefensa o por la asistencia técnica– sólo a través de la emisión expresa de su voluntad de ser asistido de Letrado podrá el órgano judicial proceder a su designación. Esta solicitud, además, debe realizarse por el interesado lo más tempranamente que pueda con el fin de evitar en la medida de lo posible la suspensión de actos judiciales, que implicaría la afectación a otros intereses constitucionalmente relevantes, principalmente el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas del resto de partes procesales (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3; 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 3); todo ello sin olvidar, tanto la incidencia negativa que pueda tener en el deber de colaboración con la Administración de Justicia de otros participantes en dichos actos, como testigos y peritos, por las molestias innecesariamente causadas con sus desplazamientos a los Juzgados para actos que sean finalmente suspendidos, cuanto criterios de eficiencia en el gasto público y en la organización judicial, por la inversión de medios económicos y personales de la Administración de Justicia en la celebración de actos procesales fallidos”.

(STC 65/2007, de 27 de marzo de 2007. Recurso de amparo núm. 2508/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 26 de abril de 2007).

«Debe recordarse que constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1982, de 18 de junio, que las garantías contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no sólo al proceso penal, sino también, con las matizaciones derivadas de su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario, ámbito en el que hemos afirmado que estas garantías deben aplicarse con especial vigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, sin que la relación de sujeción especial del interno en un establecimiento penitenciario pueda implicar la privación de sus derechos fundamentales, en los términos previstos en el artículo 25.2 CE. Y, precisando el alcance de las matizaciones debidas a que se trata de procedimientos sancionadores y no del proceso penal, hemos mantenido que, entre las garantías aplicables ex artículo 24.2 CE en los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia (por todas, SSTC 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; 116/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 2; 9/2003, de 20 de enero, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FFJJ 3 y 5)...

Más concretamente, por lo que se refiere al derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, hemos afirmado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 242.2 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, el asesoramiento para la defensa del incurso en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el Jurista criminólogo del centro penitenciario, como constaba ya en los arts. 130.1 y 281.5 del Reglamento penitenciario de 1981 [SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 3; 2/1987, de

21 de enero, FJ 6; 190/1987, de 1 de diciembre, FJ 3; 192/1987, de 2 de diciembre, FJ 2.b); 161/1993, de 17 de mayo, FJ 4; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 4; y 128/1996, de 9 de julio, FJ 6]. Además, el propio Reglamento penitenciario permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo “por cualquier persona que designe” el interno. Esta misma doctrina subraya la relevancia de la posibilidad de asesorarse legalmente el interno como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan, de suerte que la ausencia de respuesta por parte de la Administración penitenciaria a la solicitud de asesoramiento legal del interno se considera lesiva del derecho a la defensa garantizado por el artículo 24.2 CE, como hemos tenido ocasión de declarar en diversas ocasiones (por todas, SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 4; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 4; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4).»

(STC 66/2007, de 27 de marzo. Recurso de amparo 6963/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 26 de abril de 2007).

### *Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

«Existe una consolidada doctrina de este Tribunal que considera que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable guardan una estrecha conexión con la presunción de inocencia y con el derecho de defensa (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). En virtud del derecho a la presunción de inocencia la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5, y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Vertiente que, como se puso de manifiesto en los fundamentos precedentes, ha sido plenamente respetada en el proceso penal del que dimana el presente amparo, pues, pese a la negativa de los hechos por los acusados, existió válida prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Pero, asimismo, estos derechos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa del acusado, “quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Por otra parte, la legislación española no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4, y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7) y no lo somete a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 198/2006, de 3 de julio, FJ 4; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 18/2005, de 2 de febrero, FJ 3; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), sin que puedan por tanto extraerse consecuencias negativas para el acusado exclusivamente del ejercicio del derecho a guardar silencio (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7), o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.»

(SSTC 75 y 76/2007, de 16 de abril. Recursos de amparo 4774/2004 y 4984/2004. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 23 de mayo de 2007).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial*

«La cuestión suscitada en este caso por el recurrente en amparo bajo la invocación del derecho al juez imparcial presenta una gran similitud, como señala el Ministerio Fiscal, con los supuestos que han sido objeto de las SSTC 41/2005, de 28 de febrero, y 39/2004, de 22 de marzo, cuya doctrina, por resultar plenamente aplicable, conviene traer ahora a colación en los extremos necesarios para su resolución:

a) La imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Hemos puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto.

La determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de inculminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional.

b) En diferentes ocasiones hemos tenido la oportunidad de pronunciar sobre la relevancia e incidencia que los juicios provisionales de inculpación o imputación tienen sobre la imparcialidad judicial. En concreto, por lo que refiere a supuestos en que, como ocurre en el presente recurso de amparo, las dudas respecto a la imparcialidad se fundamentan en la revocación de una decisión de archivo por parte del órgano de revisión, recordábamos también en las SSTC 41/2005, de 28 de febrero, y 39/2004, de 22 de marzo, que tal circunstancia fue motivo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarara la vulneración del derecho cuya observancia está reclamando nuestra atención (STEDH de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick c. Austria*). Ahora bien, hemos desestimado que se produzca tal vulneración en el caso de la decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, al entender que tal resolución no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en juicio de culpabilidad, y asimismo hemos rechazado la existencia de vulneración del derecho al Juez imparcial en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una

cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpado.»

(STC 26/2007, de 12 de febrero. Recurso de amparo 3317/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 14 de marzo de 2007).

*Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal. Condena en apelación con vista pública sin practicar pruebas*

«La doctrina establecida por el Pleno de este Tribunal, en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 y 10, en relación con la necesidad de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, no implica en todo caso la necesidad de nueva práctica de pruebas o la celebración de vista pública en la segunda instancia, sino que ello dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

En concreto, como venimos señalando desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, la doctrina sentada a partir de la STC 167/2002 no resulta aplicable a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absoluta de instancia y la condenatoria dictada en la segunda es una cuestión concerniente a la estricta calificación jurídica de los hechos que la sentencia de instancia considera acreditados y que no se alteran en la segunda instancia, pues para ello no es necesario el examen directo y personal de los acusados o los testigos en un juicio público, sino que el Tribunal de apelación puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal Europeo (SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia), precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con intermediación en la apelación en los supuestos en que “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de Derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos”.

Igualmente, este Tribunal ha declarado que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de estricta valoración jurídica que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 2).»

(STC 256/2007, de 17 de diciembre. Recurso de amparo 3328/2005. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 22 de enero de 2007).

«Cierto es que desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre, hemos reiterado en muchas ocasiones que constituye una garantía del acusado en un proceso penal la de que el órgano judicial que vaya a valorar las pruebas y a determinar los hechos enjuiciados ha de tener una relación de intermediación con las pruebas, lo que supone respecto a las pruebas testificales que ha de escuchar personalmente los testimonios y que no



puede sustituir esta presencia por la simple lectura de la documentación de la declaración. Por ello “la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, entre otras)” (STC 31/2005, de 14 de febrero, FJ 2). Así, “la Constitución veda ex artículo 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido; esto es: sin intermediación en pruebas cuya valoración requiere la garantía de intermediación” (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 9); de tal suerte que “forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen –sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio– y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de intermediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo” (SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 111/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 112/2005, FJ 2; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2).

Pero cierto es también que la garantía de intermediación, y también las de publicidad y contradicción, son, y así se expresa en la exposición anterior de nuestra doctrina, garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena cuando el mismo consista, no en volver a valorar la pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificarse penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo, la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena. “Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado” (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 7).»

(STC 245/2007, de 10 de diciembre. Recursos de amparo acumulados 5904/2004 y 5905/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 27 de diciembre de 2007).

### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

«Resulta oportuno recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a no padecer dilaciones indebidas que se reconoce en el artículo 24.2 CE. A tal efecto

basta con recordar que esta misma Sala, en STC 4/2007, de 15 de enero, reiterando doctrina anterior, tiene declarado que:

“[E]l derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (STC 100/1996, de 11 de junio, FJ 2). Como se dijo en la STC 58/1999, de 12 de abril (FJ 6), el derecho fundamental referido no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. En la misma sentencia y fundamento jurídico indicamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en ‘un tiempo razonable’), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.

También hemos dicho que es necesario denunciar previamente el retraso o dilación, con el fin de que el Juez o Tribunal pueda reparar la vulneración que se denuncia, de forma que, si previamente no se ha agotado tal posibilidad, la demanda ante el Tribunal Constitucional no puede prosperar. Esta exigencia obedece, ante todo, al carácter subsidiario del amparo, que determina que sean los órganos judiciales los encargados de dispensar en primer lugar la tutela de los derechos fundamentales. Pero también responde al deber de colaboración de todos, y, especialmente, de las partes, con los órganos judiciales en el desarrollo del proceso a los que se encomienda, en definitiva, la prestación de la tutela prevista en el artículo 24 CE (entre otras, SSTC 140/1998, de 29 de junio, FJ 4; y 32/1999, de 8 de marzo, FJ 4).»

(STC 178/2007, de 23 de julio. Recurso de amparo 1362/2007. Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 21 de agosto de 2007).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«Debemos recordar, en primer término que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia (por todas, STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), este derecho “garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento”.

Dicho derecho fundamental, como nos recuerda el fundamento jurídico 3 de la STC 133/2003, de 30 de junio, presenta íntimas conexiones, según hemos tenido ocasión de poner de relieve en distintas ocasiones (entre ellas, en la STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4) con otros derechos constitucionalizados en el artículo 24 CE. Hemos hecho hincapié, en concreto, en sus estrechas relaciones con el derecho a la tutela ju-

dicial efectiva (art. 24.1 CE) que, entre sus múltiples vertientes, engloba el derecho a obtener una resolución razonable, motivada, fundada en Derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el seno del proceso, así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable. Ha sido justamente esta inescindible conexión la que nos ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (por todas, SSTC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3, y 19/2001, de 29 de enero, FJ 4). Entre los rasgos caracterizadores de este derecho fundamental, y de su protección constitucional, son esenciales, en lo que aquí interesa, los siguientes:

a) Este derecho es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador (STC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3), en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional (STC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 2), a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4), y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3, y todas las en ellas citadas).

b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, “no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas” (STC 19/2001, FJ 4; en el mismo sentido, por todas, STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), y, por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia (STC 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 4), sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 CE (STC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 2).

c) Es doctrina reiterada de este Tribunal que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo “una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa” (STC 25/1991, de 11 de febrero, FJ 2; también SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 219/1998, de 16 de noviembre, FJ 3), puesto que, “de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (entre las más recientes, SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2, y 173/2000, de 26 de junio, FJ 3), en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental” (STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4).

En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental, ha exigido reiteradamente este Tribunal que concurren dos circunstancias: 1) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas); y 2) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3).

Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y práctica de la prueba objeto de la controversia habría podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado–, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3; y 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3, por todas)».

(STC 30/2007, de 12 de febrero. Recurso de amparo 5853/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 14 de marzo de 2007).

«Conviene recordar que forma parte de una consolidada doctrina jurisprudencial la de la extensión de las garantías del artículo 24.2 CE, en particular del derecho a la prueba, al procedimiento administrativo sancionador y, más concretamente, al procedimiento disciplinario penitenciario (SSTC 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 157/2000, de 12 de junio, FJ 2; 9/2003, de 20 de enero, FJ 2; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 3; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3): “es inexcusable que frente a un determinado pliego de cargos el interno pueda articular su defensa negando los hechos que han de servir de base a la sanción, o dándoles una distinta versión, y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el porqué de su rechazo” (SSTC 94/1992, de 11 de junio, FJ 3; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5).

El derecho a la prueba resultará vulnerado “siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, en los supuestos tanto de silencio o de falta de motivación de la denegación, como cuando aquélla sea arbitraria o irracional. Ahora bien, tal situación de indefensión como consecuencia de la inadmisión no motivada o arbitraria de medios de prueba pertinentes para la defensa debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino que exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la argumentación recae sobre el recurrente en amparo. Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que

la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 183/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 128/2003, de 30 de junio, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 5, por todas)” (STC 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3).»

(STC 185/2007, de 10 de septiembre. Recurso de amparo 2152/2005. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 16 de octubre de 2007).

«Este Tribunal ha reiterado que la vulneración el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2).

Más en concreto, por lo que se refiere a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que “cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, que, además, depende por entero de la intervención de otro poder público, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y, en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio” (STC 35/2001, de 12 de febrero, FJ 6).

Igualmente, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).»

(STC 240/2007, de 10 de diciembre. Recurso de amparo 4653/2004. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 27 de diciembre de 2007).

### *Presunción de inocencia*

«Con arreglo a nuestra doctrina este derecho fundamental comporta el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, de forma que la jurisdicción constitucional de amparo sólo podrá constatar una vulneración del derecho fundamental “cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad”. En otros términos, “este Tribunal ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se haya obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario. No podemos, al socaire de la presunción de inocencia, enjuiciar, ni siquiera desde la perspectiva de la razonabilidad, la valoración de la prueba en sí misma considerada, sino sólo en relación con la inferencia fáctica que de ella se deduzca. Ese es un límite de nuestra jurisdicción, para la que la valoración de la prueba, sea directa o indiciaria, está vedada por hallarse atribuida de modo exclusivo a los Jueces y Tribunales ordinarios” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 284/2006, de 9 de octubre, FJ 3, entre otras).»

(STC 203/2007, de 24 de septiembre. Recurso de amparo 7832/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 31 de octubre de 2007).

### *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria*

«Debe recordarse que desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, este Tribunal tiene declarado que para poder desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales exigibles, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir de forma razonable, por tanto, la culpabilidad del procesado. Dicho de otro modo, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos (entre otras, SSTC 222/2001, de 5 de noviembre; 219/2002, de 25 de noviembre, y 56/2003, de 24 de marzo).

Asimismo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: *a*) que parta de hechos plenamente probados, y *b*) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia; dicho de otro modo, no pueden considerarse válidas las inferencias faltas de lógica o de coherencia o inconsecuentes, así como las inferencias no concluyentes, catalogando como tales las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, y aquellas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de

julio, FJ 14; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; y 170/2005, de 20 de junio, FJ 4, por todas).»

(STC 137/2007, de 4 de junio. Recurso de amparo 6894/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 6 de julio de 2007. En el mismo sentido, STC 73/2007, de 16 de abril, «BOE» de 25 de mayo de 2007, y STC 256/2007, de 17 de diciembre, «BOE» de 22 de enero de 2007).

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados*

«Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, este Tribunal tiene declarado que para poder desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. En el mismo orden de consideraciones hay que recordar que también constituye doctrina constitucional reiterada la afirmación de que sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de modo oral, contradictorio y con intermediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4).

No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha reconocido también expresamente que dicha regla general admite excepciones, en las que se considera que es conforme a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias practicadas en la instrucción de la causa si éstas se someten a determinadas exigencias. Así, en particular, la valoración como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial por un coimputado, luego retractadas en el juicio oral, se condiciona al cumplimiento del requisito formal de introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta o a través de los interrogatorios, conforme a los artículos 714 y 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRim), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador que puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena (SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 3; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 14/2001, de 26 de enero, FJ 7; 174/2001, de 26 de julio, FJ 7; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 25/2003, de 10 de febrero, FJ 3, y 280/2005, de 7 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

Por otra parte, en relación con la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, constituye asimismo doctrina reiterada de este Tribunal que carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. La exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha



producido o no. Se añade a lo anterior que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (por todas, SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 233/2002, de 10 de febrero, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*).

Estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad de este Tribunal de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE. Circunstancia que resulta fundamentada, además, tanto por la prohibición legal de que el Tribunal Constitucional entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1.b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria (por todas, STC 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2).»

(STC 10/2007, de 15 de enero de 2007. Recurso de amparo 5962/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de febrero de 2007).

### *Principio acusatorio*

«Constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 12/1981, de 12 de abril, que en el ámbito de las garantías del proceso consagradas en el artículo 24.2 CE se encuentran las derivadas del principio acusatorio, en la medida en que tienen conexión con el derecho de defensa, conexión esencial desde la perspectiva constitucional que nos compete. En concreto, hemos afirmado que forman parte indudable de esas garantías el derecho a ser informado de la acusación y a no ser condenado por cosa distinta de la que se ha acusado y de la que, por tanto, el reo haya podido defenderse en un debate contradictorio. Por “cosa” en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, ya que el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica (por todas SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3; 266/2006, de 11 de septiembre, FJ 6). En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación.

Ahora bien, desde aquella primera ocasión venimos señalando que la sujeción de la condena a la acusación no es tan estricta como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existe infracción constitucional cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3; 266/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

A ello responden los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, esto es, a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilita *per se* la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3). Y por eso hemos afirmado que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse en un debate contradictorio con la acusación (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 278/2000, de 27 de diciembre, FJ 18; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 145/2005, de 6 de junio, FJ 3; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 3).

Por último, hemos de recordar que no forma parte de nuestra función jurisdiccional en sede de amparo interpretar los tipos penales, determinar sus elementos esenciales, o establecer las relaciones de homogeneidad entre ellos. Nuestra función se limita al análisis externo de la razonabilidad del juicio de homogeneidad realizado por los órganos judiciales, a partir de la configuración de los tipos penales llevada a cabo por ellos y teniendo como perspectiva el mencionado derecho de defensa y, por ende, la inherencia del tipo por el que se condena al que formaba parte de la acusación, o una cercanía tal entre ambos que la acusación por uno de ellos integre implícitamente la acusación por el otro. Y sólo si ha existido un detrimento material del derecho de defensa, al contener la condena algún elemento esencial de imputación que no haya podido ser realmente debatido, cabrá apreciar la vulneración del derecho fundamental (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FFJJ 4 y 6; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3).»

(STC 73/2007, de 16 de abril. Recurso de amparo 2580/2003. Ponente: Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 25 de mayo de 2007).

«Una de las manifestaciones del principio acusatorio que hemos considerado constitucionalmente garantizada viene constituida por el deber de congruencia entre la acusación y el fallo de la sentencia de instancia, en virtud del cual hemos señalado que “el juzgador se encuentra sometido sustancialmente a los términos de la acusación con un doble condicionamiento: fáctico, de manera que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial (SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 75/2003, de 23 de abril, FJ 5); y jurídico, de modo que el juzgador está vinculado también a la calificación jurídica sustentada por la acusación” (STC 284/2006, de 9 de octubre, FJ 2, y todas las que allí se citan).

Por otra parte, este Tribunal ha analizado en diversas ocasiones las exigencias del principio acusatorio, sosteniendo con carácter general que no hay infracción alguna del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado –con la adhesión de la acusación pública– y se confirma plenamente la sentencia de instancia, ya que el juzgador no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la sentencia, pese a lo alegado en el recurso, se ajusta a Derecho, porque ni excede de los

términos del debate, ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la sentencia, cuya revisión constituye el objeto de la única pretensión de impugnación (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5, y en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 2, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4).

Recientemente esta doctrina ha sido desarrollada por el Pleno de este Tribunal en la STC 123/2005, de 12 de mayo, con relación al recurso de casación penal en el que se impugna la calificación jurídica del hecho enjuiciado, señalando que en ese caso lo que se ventila en el recurso “no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial”, por lo que en el recurso “el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo” y, en consecuencia, “en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida” (FJ 8). En definitiva, se concluye que la confirmación por el Tribunal de casación de la calificación jurídica realizada en la sentencia de instancia recurrida, incluso contra la petición de las distintas partes recurrentes, ni priva a la condenada recurrente de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica y de rebatirla en la casación, ni significa que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial (FJ 9).»

(STC 203/2007, de 24 de septiembre. Recurso de amparo 7832/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 31 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 25

### *Derecho a la legalidad penal e irretroactividad de las normas penales desfavorables*

«El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables aparece garantizado con carácter general en el artículo 9.3 CE, y respecto de las normas penales en concreto resulta incluido en la garantía constitucional de la legalidad penal (art. 25.1 CE), que configura dicho principio como un derecho fundamental subjetivo para el ciudadano, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal (por todas, SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 21/1993, de 18 de enero, FJ 5; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 4, 82/2006, de 13 de marzo, FJ 9). Asimismo, dicho principio está garantizado en los artículos 2.1 y 7 del Código Penal, así como en el artículo 11.2 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948, en el artículo 7.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, y en el artículo 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, textos internacionales cuya relevancia para la interpretación del artículo 25.1 CE deviene de la propia Constitución (art. 10.2 CE).

El fundamento de la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, en perjuicio del reo, se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla pena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a pos-

teriori con una calificación de delito o falta o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho, lo que significa que queda absolutamente prohibido en virtud del artículo 25.1 CE aplicar una ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor (STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5).»

(STC 234/2007, de 5 de noviembre. Recurso de amparo 5093/2006. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 10 de diciembre de 2007).

### *Principio non bis in idem*

«Procede recordar a continuación algunos de los aspectos más relevantes de nuestra doctrina en relación con el principio *non bis in idem*, en lo que resulte de aplicación al caso:

a) Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 1; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

b) Junto a esa dimensión material, ciertamente este principio tiene una dimensión procesal constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, “sino tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal”, de modo que cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2). Ello permite excluir ya la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal, al no ser posible equiparar los procedimientos disciplinarios sufridos por el recurrente con un proceso penal, a la vista de la poca complejidad de los hechos objeto de sanción, de la sencillez en la tramitación de los expedientes disciplinarios y de la naturaleza y entidad de las sanciones finalmente impuestas en el presente caso.

c) Por último, y en relación con nuestro canon de enjuiciamiento, hemos de recordar que a raíz de la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, el Pleno de este Tribunal –apartándose de la doctrina anterior– ha afirmado su competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE, o para analizarla directamente, caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales pese a haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, siempre dentro del respeto a los límites de nuestra jurisdicción. “Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el artículo 44.1.b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer ‘de los hechos que dieron lugar al proceso’ en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el artículo 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable”.»

(STC 48/2007, de 12 de marzo. Recurso de amparo 312/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 17 de abril de 2007).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 53

#### *Responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*

«Como este Tribunal señalara en su STC 19/1988, de 16 de febrero (en relación entonces con la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 91 del Código Penal de 1973, en virtud de la redacción introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio), que “la sola previsión en la ley penal de una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa inejecutable no entraña, en suma, conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni... menosprecio de tal derecho, al hacerle objeto de la sanción que no pudo alcanzar al patrimonio del condenado. Como en los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad... la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a exigencias de política criminal, inobjetables en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena, ya... en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5).

A la misma conclusión cabe llegar respecto a la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en los artículos 33.5, 35 y 53 del Código Penal de 1995, tanto en su redacción inicial como en la resultante de la reforma introducida por la Ley

Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de suerte que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa prevista en nuestra legislación penal no entraña, *per se*, vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

Ahora bien, el artículo 17.1 CE ha concretado la garantía de la libertad personal, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleve a cabo sino “en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Ello significa que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, como pena privativa de libertad que es (arts. 35 y 53 CP), ha de ser impuesta conforme a la ley penal vigente a la fecha de perpetrarse los hechos delictivos (*nulla pena sine previa lege*), y “en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente” [apartado 1.a) del artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950: STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 4]. De suerte que la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria sin atenderse a lo dispuesto en la ley, supone –además de una vulneración del derecho a la legalidad penal– la lesión del derecho a la libertad personal, como ya lo señalara, de forma incidental, la STC 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 7.»

(STC 234/2007, de 5 de noviembre. Recurso de amparo 5093/2006. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 10 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 66

### *Motivación e individualización de la pena*

«Hemos afirmado reiteradamente que en una sentencia penal, el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica (SSTC 27/1993, de 25 de enero, FJ 2, y 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3), así como la pena finalmente impuesta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 25 de enero, FJ 2; y 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6).

En efecto, como dijimos en la STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3, en un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la ley, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial, en la medida en que ésta se erige en expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, en excluyente de la arbitrariedad judicial. Así pues, en principio, será el margen de arbitrio judicial del que, en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, la medida de la motivación constitucionalmente exigible. Por otra parte, la decisión judicial sobre la pena concreta que haya de ser impuesta se adopta siempre en sentencia, en la que ha debido argumentarse adecuadamente sobre la prueba del hecho delictivo, la participación que en él haya tenido el que resulte condenado y las diversas vicisitudes que hayan podido concurrir en el delito y en la persona a la que éste se le imputa. Así pues, la pena se impone siempre en una resolución en la que la existencia del delito, su gravedad, y la participación en él del que resulte condenado han debido describirse y motivarse adecuadamente (ATC 204/1996, de 22 de enero, FJ 3).

Tanto en el Código Penal vigente como en el anterior la concreta determinación de la pena se produce a partir de la señalada al tipo de delito consumado, que habrá de individualizarse teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias genéricas o específicas. Esos datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos probados, sin que sea constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación de pena exacta, dada la imposi-

bilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición. Nuestro control ha de ceñirse, pues, a determinar si, en el caso concreto, y a la vista de los datos que los hechos probados relatan la motivación acerca del *quantum* de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria (STC 47/1998, de 31 de marzo, FJ 6).»

(STC 196/2007, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 7185/2004. Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 16 octubre de 2007).

## ARTÍCULOS 80 Y SIGUIENTES

### *Suspensión de la ejecución de una condena*

«Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo» (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; también, STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Esta afectación al valor libertad exige que este tipo de resoluciones “no sólo constituyan la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso” sino también que exterioricen “los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto” (STC 8/2001, FJ 2). En particular, habida cuenta también de que esta suspensión “constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar ‘las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad’ (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)” (STC 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; también, STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4).»

(STC 57/2007, de 12 de marzo. Recurso de amparo 3016/2005. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 17 de abril de 2007).

«Como hemos declarado en otras ocasiones son varios los preceptos del Código Penal que, específicamente en relación con la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, requieren la audiencia de las partes (arts. 80.2, 81.3, 84.2, 87.1). Dicha audiencia, aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario (SSTC 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 76/2007, de 16 de abril, FJ 5). Pero también hemos de recordar que, conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa; sin embargo, pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión plan-



teada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de junio, FJ 3; 94/2005, de 18 de abril, FJ 5).

(.../...)

En concreto, y en relación con la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, dado que se trata de una medida que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena y, que, por tanto, ha de tener como presupuesto la existencia de una sentencia condenatoria firme que constituya título legítimo para restringir el derecho a la libertad del condenado, las resoluciones por las cuales se concede o deniega no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, pero sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en la que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2). Esa afectación al valor libertad exige que esta resolución, no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto (por todas, SSTC 8/2001, de 5 de enero, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2). En particular, y dado que la suspensión constituye una de las medidas que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, las resoluciones judiciales en las que se acuerde deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman (SSTC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se regula con carácter general en los artículos 80 y 81 CP, si bien en el artículo 87 CP, separándose de ese régimen general, se permite al Juez o Tribunal acordar, con audiencia de las partes, y aun cuando no concurren las condiciones generales para la suspensión establecidas en el artículo 81.1 y 2 (que el condenado haya delinquido por primera vez y que las penas impuestas no sean superiores a dos años), acordar la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a cinco años, siempre y cuando se trate de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el artículo 20.1 CP y el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto. “El artículo 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del artículo 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas –caso habitual del llamado traficante/consumidor– reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella” (STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

Sin necesidad de analizar cuál es la interpretación más adecuada de la citada norma en cuanto a la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para conceder la suspensión, tarea que no compete a este Tribunal por ser una cuestión de legalidad ordinaria (por todas, STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4), sí que hemos de señalar que una resolución fundada en Derecho y motivada de conformidad con las exigencias anteriormente expuestas sería aquella que, por una parte, exteriorizase las razones por las cuales entiende que concurre o no concurre el presupuesto habilitante de esta suspensión específica (que se trate de hechos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.1 CP y que el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto) y, por otra, justificara, cuando así fuera, que, aun concurriendo tal presupuesto, resultaría improcedente la suspensión en atención a las circunstancias individuales del penado y del caso en virtud de una ponderación de los bienes e intereses en conflicto que tuviese presente tanto los fines de la institución (reeducación y reinserción social y, específicamente la rehabilitación del drogodependiente y la evitación del efecto desocializador del ingreso en prisión cuando éste fuese presumible) como las finalidades que legitiman la imposición de penas privativas de libertad.»

(STC 222/2007, de 8 de octubre. Recurso de amparo 8079/2006. Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 14 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 174

### *Malos tratos policiales: necesidad de investigación suficiente*

«El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a recibir una resolución razonada en Derecho a las pretensiones ejercidas en el seno de un proceso judicial. Así, el denunciante que, como ofendido, promueve la actividad jurisdiccional tiene derecho a una respuesta judicial razonada, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones (STC 138/1997, de 22 de julio, FJ 5), pues este derecho, como hemos afirmado, “es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados, carecen de ilicitud penal” (por todas, SSTC 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 85/1997, de 22 de abril, FJ 3).

Tal exigencia de motivación razonable se ve acentuada en los supuestos en los que a través del procedimiento judicial se hace valer la protección de un derecho fundamental especialmente garantizado. Como hemos señalado en otras ocasiones (por todas, STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), “sobre las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo pesa un deber de motivación reforzada, por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE [entre otras, SSTC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6.a)]. Ese plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado artículo 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de Derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales,

no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas” (SSTC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5; 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4).

En concreto, respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral. En este sentido —como recordamos en la STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio europeo), vincula reiteradamente la apreciación de violaciones de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 2 de noviembre de 2004 (caso *Martínez Sala y otros c. España*), se recuerda que, cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3 CEDH, dicha disposición requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz que debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables. En concreto, considera que al rechazar todas las peticiones de diligencias presentadas por quienes denuncian unos malos tratos policiales se les puede privar de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados por ausencia de una investigación profunda y efectiva. En el mismo sentido pueden citarse las SSTEDH de 25 de septiembre de 1997 (caso *Aydın c. Turquía*); 11 de abril de 2000 (caso *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*); 11 de julio de 2000 (caso *Dikme c. Turquía*); 21 de diciembre de 2000 (caso *Büyükdag c. Turquía*); 1 de marzo de 2001 (caso *Berktaş c. Turquía*).

De ese modo cabe apreciar la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el artículo 15 CE cuando, rechazando las alegaciones y peticiones de diligencias presentadas, los órganos judiciales no investigan suficientemente unos malos tratos supuestamente infligidos con ocasión de la custodia policial de una persona. Al efecto no resulta necesario, en primer lugar, que las sevicias denunciadas sean graves y resulten aparentemente verosímiles, en el sentido de que se refieran a un maltrato. Junto a ello debe constar que con motivo de las diligencias de investigación, la parte que alega la vulneración de su derecho haya propuesto la práctica de alguna que razonablemente resulte adecuada para esclarecer los hechos. Sólo cuando el órgano judicial deniegue la práctica de tales investigaciones de manera inmotivada o carente de razonabilidad, en el sentido de no tomar en cuenta el valor especial del reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y moral en los términos del artículo 15 CE, sin argumentación suficiente en orden a la posibilidad efectiva de que las investigaciones suplementarias solicitadas puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, podremos constatar la existencia de lesión del derecho contenido en el artículo 24.1 CE.»

(STC 224/2007, de 22 de octubre de 2007. Recurso de amparo 3440/2004. Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 27 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 379

*Conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas*

«Respecto al delito tipificado en el artículo 379 CP hemos declarado que se trata de un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico que, con independencia de los resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y que requiere, no sólo la presencia de una determinada concentración alcohólica, sino además que esta circunstancia influya o se proyecte sobre la conducción. De modo que para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal no basta comprobar que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el precepto, sino que, aun cuando resulte acreditada esta circunstancia, es también necesario comprobar su influencia en el conductor (SSTC 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2).»

(STC 43/2007, de 26 de febrero de 2007. Recurso de amparo 1335/2005. Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 27 de marzo de 2007. En sentido similar, STC 196//2007, de 11 de septiembre, «BOE» de 16 octubre de 2007).

## ARTÍCULO 607.2

*Delito de genocidio. inconstitucionalidad de la expresión «nieguen o» del primer inciso del artículo 607.2*

«Este precepto debe entenderse en el contexto de otros que vienen a dar cumplimiento, en el ámbito penal, a los compromisos adquiridos por España en materia de persecución y prevención del genocidio; entre ellos, el apartado segundo del artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” y el artículo 5 del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, por el que España se compromete a establecer, con arreglo a su Constitución, “sanciones penales eficaces” para castigar a las personas culpables de genocidio o de “instigación directa y pública” a cometerlo.

Entre ellos, dada la cercanía de las conductas perseguidas, ha de tomarse en cuenta el artículo 615 CP, que establece que la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos contra la comunidad internacional se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. Junto a él, el artículo 510.1 CP, introducido en el Código Penal de 1995 como consecuencia directa de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Finalmente, los títulos dedicados a los delitos contra el honor y los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas vienen a completar el ámbito penal

de protección en el que se inserta también el precepto cuestionado. A través de estos tipos nuestro Derecho penal se alinea con las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia. Sin perjuicio de ello, otros países que padecieron especialmente el genocidio cometido durante la época nacionalsocialista, han introducido también en su elenco de delitos, en razón de estas trágicas circunstancias históricas, el consistente exclusivamente en la mera negación del holocausto.

El primer apartado del artículo 607 CP cierra el sistema específico de protección exigido por los instrumentos internacionales en la materia que vinculan a nuestro Estado, castigando las diversas modalidades de comisión de este delito y exigiendo, en todo caso, un dolo específico concretado en el propósito de destruir a un grupo social. Complementariamente, en su apartado segundo el legislador ha venido a añadir un tipo penal independiente, en el que ya no se incluye dicho dolo específico y que castiga la difusión de determinadas ideas y doctrinas. Con independencia de su objeto, la incidencia de este tipo punitivo previsto en el artículo 607.2 CP sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas ya que, puesto que no se exige expresamente elemento suplementario alguno, hay que considerar que en principio se trata de una difusión en cierto modo "neutra", con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar.

Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el artículo 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del Derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que hemos advertido en otras ocasiones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; STEDH caso Castells, de 23 de abril de 1992, § 46), a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.

Conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma” (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Por ello será preciso “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre). En definitiva, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, “la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)”.

Procede, por tanto, determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese “discurso del odio” al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido –en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999– como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el artículo 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del artículo 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática” (FJ 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tenden-

cialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del artículo 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el artículo 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el artículo 607.1 CP como delito de genocidio –entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzados de población– cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito



modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el artículo 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en reunión de 20 de abril de 2007, limita la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado.

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el artículo 20.1 CE, que no protegen “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas” (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8).

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.

Quedan así resueltas las dudas del órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, que llamaba la atención de este Tribunal sobre el hecho de que el tenor literal del artículo 607.2 CP en ningún momento contempla un elemento de incitación directa a la comisión de un delito de genocidio y sobre el dato de que la pena que en él se establece de prisión es de uno a dos años, por lo que no guardaría proporción, dada su levedad, con la modalidad delictiva definida con carácter general en el artículo 18 CP ni con la castigada en el artículo 615 CP con la pena inferior en uno o dos grados al delito provocado.

Efectivamente, la referida interpretación del artículo 607.2 CP conforme a la Constitución no puede entenderse como desvirtuadora de la voluntad del legislador, pues dota al precepto de un ámbito punible propio y específico que, en aplicación del principio de proporcionalidad puede entenderse adaptado razonablemente en cuanto a las penas a la gravedad de las conductas perseguidas.

No es desde luego cometido de este Tribunal depurar técnicamente las leyes, evitar duplicidades o corregir defectos sistemáticos, sino sólo y exclusivamente velar por que no vulneren la Constitución. Debe sin embargo subrayarse que esta interpretación constitucionalmente conforme del artículo 607.2 CP en absoluto desvirtúa la voluntad del legislador de sancionar de determinado modo la provocación directa al delito de genocidio (art. 615 CP), en la medida en que dota al precepto de un ámbito punible propio, que supone en su caso una modalidad específica de incitación al delito que merece por ello

una penalidad diferenciada, adaptada, según el criterio del legislador, a la gravedad de dicha conducta conforme a parámetros de proporcionalidad. Otro tanto cabe decir de la posible concurrencia normativa del artículo 510 CP, que castiga con una pena diferente a la del artículo 607.2 CP la conducta, asimismo diferenciable, que define como de “provocación” y la refiere “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

Nuestro cometido habrá, pues, de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del artículo 607.2 CP con el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el artículo 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el artículo 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.»

(STC 235/2007, de 7 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152/2000. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 10 de diciembre de 2007).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 739

#### *Derecho a la última palabra*

«La STC 181/1994, de 20 de junio, fue la primera resolución en que este Tribunal se pronunció sobre el denominado “derecho a la última palabra”. En dicha sentencia, aunque fuera una consideración *obiter dictum* –la denegación de este motivo de amparo se fundamentó en que no había quedado acreditado que no se hubiera dado al recurrente la posibilidad de ejercer dicho derecho– se afirma que “[e]l derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3.c) y 14.3.d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso

que la nuestra en el proceso penal (art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: LECrim) ofrece al acusado el ‘derecho a la última palabra’ (Sentencia del TS de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino –en palabras del Fiscal que la Sala asume– ‘por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera’. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio” (FJ 3).

Estas consideraciones fueron reiteradas en las SSTC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 6, y 93/2005, de 18 de abril, FJ 3, nuevamente como *obiter dicta* –la primera de ellas tenía como objeto analizar si se había vulnerado el derecho a la defensa del recurrente por habersele denegado la posibilidad de defenderse por sí mismo, sin asistencia de Abogado, en un procedimiento por delito, y la segunda por no habersele permitido intervención alguna en la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral y formular alegaciones finales en un juicio de faltas, a pesar de haber asumido su autodefensa. Por su parte, la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13, en el contexto del análisis del derecho del acusado a comparecer en juicio, como garantía del derecho de defensa, vuelve a recordar incidentalmente que el derecho a la última palabra es una manifestación del derecho de autodefensa.

Pero, ha sido la más reciente STC 13/2006, de 16 de enero, FJ 4, la que de manera directa y como *ratio decidendi* ha abordado la cuestión del derecho a la última palabra, señalando que posee un contenido y cometido propio bien definido. Así, se señala, por un lado, que es un derecho que se añade al de defensa letrada, en tanto que consagra la posibilidad procesal de autodefensa del acusado y, por otro, que se diferencia del derecho a ser oído mediante la posibilidad de ser interrogado, cuya realización se suele producir al inicio del juicio, dando la oportunidad, una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las acusaciones y de su propia defensa, de contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa. Como se destaca en esta sentencia, “[s]e trata, por lo tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial, antes de dictar sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa... Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes, que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación” (STC 13/2006, FJ 4).

En esta sentencia, además de la exposición citada, se afirma respecto del derecho a la última palabra que “[e]l hecho de configurarse como una obligación legal, sólo potestativa en su ejercicio para el acusado, como una garantía del proceso con contenido autónomo y propio dentro del derecho de defensa y que se conecta, de este modo, a su vez, con el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE, ha llevado a este Tribunal a no exigir carga adicional probatoria en torno a la repercusión efectiva que su pleno ejercicio hubiera hipotéticamente producido aunque sí respecto a la total ausencia de la posibilidad de que el acusado haya podido defenderse por sí mismo” (STC 13/2006, FJ 5).

La anterior afirmación se realizó en un supuesto en que fue denegado el derecho a la última palabra en un procedimiento establecido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En dicha Ley, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de faltas, que es el concreto supuesto planteado en el presente amparo, y tal como se destacó en dicha STC 13/2006, FJ 5, el artículo 37.2 *in fine* establece, expresamente, que, tras la práctica de la prueba y el turno de intervenciones del equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor, “[e]l Juez oír al menor, dejando la causa vista para sentencia”. Pues bien, es necesario precisar que, aun cuando no puede reducirse la garantía de la última palabra incondicionalmente a una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, dicha garantía exige, al menos desde el plano constitucional un desarrollo argumental en la demanda de amparo acerca de la existencia de una lesión material que permita a este Tribunal valorar la concurrencia de la misma.

En efecto, este Tribunal ya desde la STC 48/1984, de 4 de abril, destacó, por un lado, que “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” (FJ 1) y, por otro, que “[e]l 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... 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 por 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” (FJ 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que “una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella” (FJ 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie” (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10, o 130/2002, de 3 de junio, FJ 4).

En relación con lo anterior, se viene afirmando de manera continuada la exigencia de la indefensión material no sólo respecto de la vulneración del artículo 24.1 CE –por ejemplo, en supuestos de omisión del trámite de audiencia (por todas, STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 4) o defectuosos emplazamientos (por todas, STC 199/2006, de 3 de julio, FJ 5)– sino, específicamente, respecto de derechos expresamente reconocidos en el artículo 24.2 CE, como los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y a la imparcialidad judicial, en relación con las incidencias en las composiciones de los órganos judiciales (por todas, STC 215/2005, de 12 de septiembre, FJ 2), o determinadas garantías contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, como pueden ser la de contradicción en la práctica de diligencias de entrada y registro domiciliario, respecto de su valor probatorio (por todas, STC 219/2006, de 3 de julio, FJ 7), o la de inmediación, respecto de dar por reproducido en juicio las pruebas documentales sin proceder a su lectura (por todas, STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10).

En conclusión, y como se ha dicho antes, la vulneración del derecho a la última palabra, en tanto que manifestación del derecho a la autodefensa, como una de las

garantías contenidas en el derecho a la defensa previsto en el artículo 24.2 CE, no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente en amparo.»

(STC 258/2007, de 18 de diciembre. Recurso de amparo avocado al Pleno núm. 2670/2004. Ponente: Don Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 22 de enero de 2007).

## ARTÍCULOS 954 Y SIGUIENTES

### *Recurso de revisión penal*

«Hemos afirmado ya en diversas ocasiones que el procedimiento al que la ley denomina “recurso de revisión” no es un recurso en su sentido más habitual de mecanismo procesal dirigido a la reforma o a la anulación de una resolución judicial que por esta posibilidad aún no deviene firme, sino “más bien una vía de impugnación autónoma” (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2). En el ámbito penal esta vía tiene dos marcadas peculiaridades: se dirige a la rescisión de una sentencia penal condenatoria firme, constituyendo por ello una excepción a su intangibilidad, y lo hace a través de la reivindicación de la inocencia de quien resultó firmemente condenado. Se trata así “del acceso a la jurisdicción por parte de una persona condenada que pretende dejar de estarlo, por lo que pueden estar también en juego –porque es lo que se pretende discutir en forma de revisión–, según los casos, sus derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad penal (tal era el supuesto que dio lugar a la STC 150/1997, FJ 3) y la libertad” (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5). Tanto en su conformación legislativa como en su aplicación judicial están implicados el valor constitucional de la seguridad jurídica y el derecho a la presunción de inocencia entendido como derecho a no ser condenado por hechos que no queden constataados más allá de toda duda razonable a través de pruebas practicadas con suficientes garantías.

Mientras que la consideración constitucional de este proceso hace que el acceso al mismo forme parte del derecho de acceso a la jurisdicción, de contenido constitucional más riguroso que el derecho de acceso al proceso (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5), su finalidad de impugnación de una sentencia firme y con ello su afectación a la seguridad jurídica lo configura como un mecanismo excepcional que admite la tasación de sus causas y su sometimiento “a condiciones de interposición estrictas” (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2). Además, al tratarse de un proceso que en la mayor parte de los supuestos encuentra su razón de ser en la reconsideración de la culpabilidad de una persona a partir de la aparición de nuevos hechos o pruebas de descargo o de la desaparición de hechos o pruebas de cargo, la constitucionalidad de la decisión judicial al respecto ex artículo 24.2 CE, en fase de admisión o de estimación de la revisión, deberá tomar en consideración los cánones propios del derecho a la presunción de inocencia. No debe olvidarse que, como tempranamente afirmó la STC 124/1984, de 18 de diciembre, la existencia del recurso de revisión penal “se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los ‘valores superiores’ que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que

España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad” (FJ 6; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2).»

(STC 70/2007, de 16 de abril. Recursos de amparo acumulados 1404/2003 y 7314/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 23 de mayo de 2007).

## ARTÍCULOS 962 Y SIGUIENTES

### *Juicio de faltas. Citación para el juicio. Derecho de defensa*

«En diversas ocasiones hemos afirmado, en efecto, en relación en concreto al juicio de faltas, que la finalidad esencial de la citación al mismo “es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa constitucionalmente reconocido” (SSTC 41/1987, de 6 de abril, FJ 3; 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 2; 10/1995, de 16 de enero, FJ 2). No debe olvidarse que “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos” y que “[p]ara la realización efectiva del derecho de defensa en todas y cada una de las instancias legalmente previstas adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes” (STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2).

En la presente queja en torno al momento de citación a la vista oral en un juicio de faltas, la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva que está en juego es el derecho de acceso a la jurisdicción. Si bien es cierto que la denuncia de la recurrente había sido previamente aceptada, había dado lugar a la incoación de diligencias previas y había provocado la práctica de alguna de ellas, resulta determinante el hecho de que la queja de amparo se refiera a la imposibilidad de acudir a la fase esencial del juicio de faltas y que integra la casi totalidad del procedimiento, que es el propio acto del juicio. Procede recordar, en efecto, que “la doctrina constitucional ha puesto de relieve que en el juicio de faltas, a diferencia del proceso por delitos, no existe una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia” (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 5; también, SSTC 34/1985, de 7 de marzo, FJ 2; 54/1987, de 13 de mayo, FJ 1) de manera que, “una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas” (SSTC 34/1985, FJ 2; 54/1987, FJ 1; 52/2001, FJ 5; también, SSTC 72/1991, de 8 de abril, FJ 4; 283/1993, de 24 de febrero, FJ 2; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 7).

Desde este enfoque la decisión del Juzgado de no posponer la celebración del juicio equivale materialmente a una denegación de jurisdicción que lesiona el artículo 24.1 CE siempre que no haya concurrido negligencia de la recurrente en su propia incomparecencia al juicio (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; AATC 10/1993, de 18 de enero, FJ 2; 248/1995, de 22 de septiembre, FJ 2) y en la medida en que aquella decisión revele “una clara desproporción entre los fines que preserva y los intereses que sacrifica”, sea

“por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón” (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; también, entre otras, SSTC 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 295/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 132/2004, de 13 de julio, FJ 3).

El análisis constitucional de la decisión judicial impugnada en este proceso de amparo desde el punto de vista del derecho de defensa (art. 24.2 CE) nos conduce al mismo resultado, dado que su vulneración también exige tanto que la indefensión que se denuncia no sea imputable a la propia negligencia de quien la efectúa, como que no esté justificada por la preservación de otros bienes e intereses constitucionales en términos de proporcionalidad.»

(STC 220/2007, de 8 de octubre de 2007. Recurso de amparo 4091/2005. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 14 de noviembre de 2007)

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 43.2**

#### *Plazo para la interposición del recurso de amparo*

«Ha de traerse a colación la doctrina de este Tribunal (recordada últimamente en la STC 6/2007, de 15 de enero) según la cual: “[E]l plazo legal de veinte días que establece el artículo 44.2 LOTC para la interposición del recurso de amparo es un plazo de caducidad, improrrogable, no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que ha de computarse desde que se tiene conocimiento de la decisión lesiva del derecho fundamental o de la resolución del medio impugnatorio articulado contra ella, sin que sea admisible una prolongación artificial de la vía judicial previa a través de recursos manifiestamente improcedentes. En relación con la noción de recursos manifiestamente improcedentes este Tribunal tiene declarado también que la armonización del principio de seguridad jurídica con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) exige una aplicación restrictiva del concepto en cuestión, considerando como tales sólo aquellos cuya improcedencia derive de forma evidente del propio texto legal, sin dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios hermenéuticos no absolutamente discutibles”.»

(STC 54/2007, de 12 de marzo. Recurso de amparo 5099/2004. Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 17 de abril de 2007).

### **ARTÍCULO 44.1.a)**

#### *Agotamiento de la vía judicial previa*

«Es doctrina consolidada que el artículo 44 LOTC establece, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en vía judicial ordinaria como consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que la tutela general de los derechos y libertades corresponde primeramente a los órganos del Poder Judicial y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter y natu-



raleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de venir a este Tribunal (STC 103/2004, de 2 de junio, FJ 2, entre otras). Asimismo, es doctrina reiterada que el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ofrece un cauce para remediar los defectos procesales que causen indefensión o las resoluciones que resulten incongruentes, en los términos y condiciones previstos legalmente, que como remedio último debe ser intentado antes de acudir al amparo y sin cuyo requisito la demanda deviene inadmisibile, conforme a los artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC, por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (SSTC 219/2004, de 29 de noviembre, FJ 4; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 2). Y dado que en este caso no se planteó aquel incidente, habrá de inadmitirse la queja de incongruencia que formuló el demandante.

(.../...)

Con arreglo a la doctrina de este Tribunal, al analizar el requisito del agotamiento de la vía judicial previa nuestro control se debe limitar a examinar si el mencionado recurso era razonablemente exigible, lo que se traduce en que el presupuesto procesal de agotar la vía previa no puede configurarse como la necesidad de interponer cuantos recursos fueren imaginables, bastando para dar por cumplido este requisito con la utilización de los que “razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos” (entre otras, SSTC 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 2; 51/2000, de 28 de febrero, FJ 2, y 137/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). En otras palabras, “todos los recursos utilizables” ex artículo 44.1.a) LOTC no son la totalidad de los posibles o imaginables, sino únicamente aquellos que puedan ser conocidos y ejercitables por los litigantes sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente, esto es, sólo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales, y además que, dada su naturaleza y finalidad, sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; 101/2001, de 7 de mayo, FJ 1; y 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2).

(.../...)

Este Tribunal ha declarado que el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 LOPJ ofrece un cauce para remediar los defectos procesales que causen indefensión o las resoluciones que resulten incongruentes, “en defecto de recurso válido, en los términos y condiciones previstos legalmente” (STC 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 2, entre otras). Dichos términos legales se refieren a la viabilidad de este medio de impugnación para denunciar “los defectos de forma que hayan causado indefensión”, siempre que “no hayan podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso”.»

(SSTC 75 y 76/2007, de 16 de abril. Recursos de amparo 4774/2004 y 4984/2004. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 23 de mayo de 2007).

### *Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones*

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el requisito de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria que establece el artículo 44.1.a) LOTC deriva de la necesidad de respetar la subsidiariedad del recurso de amparo, dado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 CE, la tutela general de los derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Consecuencia de lo anterior es que, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y ade-

cuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir a este Tribunal; es preciso, por tanto, que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibles (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 103/2004, de 2 de junio, FJ 2; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 5; 60/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1; 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

Entre los recursos y remedios procesales exigibles para cumplir el requisito previsto en el citado artículo 44.1.a) LOTC este Tribunal ha incluido el incidente de nulidad de actuaciones al que alude el Abogado del Estado (por todas, SSTC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4; y 235/2005, de 26 de septiembre, FJ 2), incidente que, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se recoge en el artículo 241 LOPJ y constituye un remedio destinado a reparar los defectos que originen cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, entre ellos, la incongruencia omisiva en que puedan incurrir las resoluciones judiciales. Pero, como sostiene el Ministerio Fiscal, y hemos señalado en varias ocasiones (SSTC 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1; 268/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 174/2004, de 18 de octubre, FJ 2), constituye un medio igualmente idóneo para denunciar la incongruencia el establecido en el artículo 215.2 LEC, precepto que recoge la posibilidad de solicitar el complemento de las “sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso”.

(.../...)

Como hemos subrayado en muchas ocasiones, el requisito de agotar la vía judicial exigido por el artículo 44.1.a) LOTC “ha de ser interpretado de manera flexible y finalista” (entre otras muchas, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2; y 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 2) y “no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso” (entre las últimas, SSTC 137/2006, de 8 de mayo, FJ 2; 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5; y 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2), “sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente” (entre otras, SSTC 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 249/2006, de 24 de julio, FJ 1; 75/2007, de 16 de abril, FJ 2; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 2).»

(STC 144/2007, de 18 de junio. Recurso de amparo 3877/2004. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 27 de julio de 2007. En el mismo sentido, STC 204/2007, de 24 de septiembre, «BOE» de 31 octubre de 2007).

## ARTÍCULO 44.1.c)

### *Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado*

«Tal y como el Pleno de este Tribunal recordó recientemente en la STC 132/2006, de 24 de abril (FJ 3), la razón que sustenta la exigencia de invocación tempestiva de la supuesta vulneración de derechos fundamentales reside en la necesidad de preservar

el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, de modo que sirve a la articulación de la función de protección de los derechos fundamentales que cumplen tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional. Se trata de un requisito según el cual, con carácter previo a la interposición del recurso de amparo constitucional, ha de darse oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios de reparar la vulneración supuestamente cometida a través de la inserción en el proceso judicial del problema constitucional objeto del recurso de amparo (entre muchas, SSTC 1/1981, de 26 de enero, FJ 4; 17/1982, de 30 de abril, FJ 5; 201/2000, de 24 de julio, FJ 3; 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3). El requisito previsto en el artículo 44.1.c) LOTC incluye una doble exigencia: la invocación formal del derecho constitucional vulnerado y la exigencia temporal de que esa invocación se produzca “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. Esta doble exigencia, de forma y tiempo, implica que la inobservancia del requisito puede producirse bien de manera radical, cuando no se ha invocado el derecho constitucional ante los órganos de la jurisdicción ordinaria; bien cuando, aun invocada la violación, esa invocación hubiera sido tardía por no realizada “tan pronto como hubiera sido conocida” y hubiere lugar a ello (STC 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2). En consonancia con la inclusión de la exigencia temporal en el requisito del artículo 44.1.c) LOTC, este Tribunal ha declarado incumplido dicho requisito debido a la tardía invocación en el proceso judicial en las SSTC 171/1992, de 26 de octubre, y 153/1999, de 14 de septiembre, y en el ATC 138/2002, de 23 de julio.»

(STC 7/2007, de 15 de enero. Recurso de amparo 648/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de febrero de 2007).

«El artículo 44.1.c) LOTC, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, arbitra como presupuesto procesal para la admisión de la demanda de amparo frente a supuestas vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas que tuvieran su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales “que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”.

a) La razón que sustenta esta exigencia y, con ella, la interpretación teleológica del mencionado requisito, estriba, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, en la necesidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, configurándose como un mecanismo esencial para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por cuanto exige que con carácter previo al recurso de amparo constitucional se haya dado una efectiva oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordinarios para reparar la vulneración supuestamente cometida a través de la inserción en el proceso judicial del problema constitucional que constituye el objeto del recurso de amparo constitucional. Así, pues, aquel requisito está directamente ordenado a facilitar que en el proceso judicial, vía ordinaria de la defensa de los derechos y libertades públicas, quien conoce de él pueda satisfacer tales derechos o libertades, haciendo innecesario el acceso al proceso constitucional. Su finalidad, por consiguiente, es la de someter al Juez que conoce del proceso, o al que están atribuidos otras instancias o recursos útiles para remediar la vulneración constitucional, los motivos susceptibles de fundar el recurso de amparo con el designio de introducir en el debate del que conoce el Juez o Tribunal los motivos y fundamentos referentes al derecho constitucional que se reputa vulnerado y, en su caso, propiciar que se remedie en la instancia o en los recursos la vulneración del tal derecho.

El sentido más profundo del requisito exigido por el artículo 44.1.c) LOTC –hechos declarado en la STC 203/1987, de 18 de diciembre–, “reside en facilitar que los

Jueces y Tribunales puedan cumplir su función tutelar de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional... o bien la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles la oportunidad de argumentar y pronunciarse sobre la cuestión que luego puede ser objeto del recurso último y subsidiario de amparo. Y que esa invocación previa puede hacerse ante el mismo órgano judicial cuando exista un remedio procesal previsto, aunque las posibilidades de acogida sean remotas, o bien ante el Tribunal superior directamente... Todo ello, obviamente, para preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultará desvirtuada si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama” (FJ 2; SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, por todas).

b) El requisito previsto en el artículo 44.1.c) LOTC incluye una doble exigencia: la invocación formal del derecho constitucional vulnerado y el que esa invocación se produzca “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. Esta doble exigencia, de forma y tiempo, implica que la inobservancia del requisito puede producirse, bien de manera radical, cuando no se ha invocado el derecho constitucional ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, bien de forma menos extrema, pero a la postre potencialmente eficaz, so pena de eliminar la funcionalidad lógica del elemento temporal inserto en el requisito, cuando, aun invocada la violación, esa invocación hubiera sido tardía por no realizada “tan pronto como hubiera sido conocida” y hubiere lugar a ello (STC 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; doctrina que reiteran las SSTC 132/2006, de 27 de abril, FJ 2; 7/2007, de 15 de enero, FJ 3; 93/2007, de 7 de mayo, FJ 3).

La determinación del momento en que se ha de efectuar la invocación exigida no puede quedar a la libre voluntad de la parte (ATC 128/1981, de 25 de noviembre, FJ 2), de modo que “el momento procesal oportuno para efectuar la invocación en el previo procedimiento judicial es el inmediatamente posterior a aquel en que se produzca la pretendida lesión, sin perjuicio de reiterarla en la posterior cadena de recursos” (SSTC 171/1992, de 26 de octubre, FJ 3; 107/1995, de 3 de julio, FJ 3; 143/1996, de 16 de septiembre, FJ único). La pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial al que se reprocha la infracción; evita la reprobación constitucional de una actuación judicial sobre cuya irregularidad no había sido advertido su agente; estratifica racionalmente la jurisdicción de amparo y, con ello, posibilita la plena subsidiariedad y la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional; y, en fin, preserva el itinerario procesal posible de la cuestión que tiene por centro un derecho fundamental y, por ello, su completo debate y análisis por las partes implicadas en el proceso por el órgano judicial directamente afectado y por los demás órganos judiciales con jurisdicción en el mismo (STC 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; doctrina que reiteran las SSTC 132/2006, de 27 de abril, FJ 2; 190/2006, de 19 de junio, FJ 2).

En consonancia con la inclusión de la exigencia temporal del requisito del artículo 44.1.c) LOTC, este Tribunal en distintas ocasiones ha declarado incumplido este requisito debido a la tardía invocación en el proceso judicial (entre otras, SSTC 171/1992, de 26 de octubre; 153/1999, de 14 de septiembre; 132/2006, de 27 de abril; 7/2007, de 15 de enero; 93/2007, de 7 de mayo).

c) La finalidad apuntada de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo ha guiado la interpretación de este requisito y el contenido mínimo del que

debe dotarse de la invocación para que pueda considerarse cumplido. En tal sentido, el Tribunal ha rechazado una interpretación literal o excesivamente rigorista de este requisito, aunque el rechazo a tal entendimiento excesivamente formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que se desprende claramente del artículo 53.2 CE, y el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho. Por ello, en numerosas resoluciones, que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado, este Tribunal ha declarado que si bien la invocación formal exigida por el artículo 44.1.c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o los derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado o, en otras palabras, que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo. Así, se ha señalado que lo decisivo es que, a través de las alegaciones que se formulan en la vía judicial, de los términos en que se ha planteado el debate en la vía procesal o de la descripción fáctica o histórica o de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo, se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida.

En definitiva, sólo se cumple el requisito si la invocación se hace efectivamente en el curso del proceso “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello” y si se pone en conocimiento del órgano judicial el hecho fundamentador de la vulneración, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al que se hizo valer ante los órganos judiciales, y se evita así que el recurso de amparo se convierta en un remedio alternativo e independiente de protección de los derechos fundamentales (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 3, por todas).»

(STC 211/2007, de 8 de octubre. Recurso de amparo 7594/2003. Ponente: Don Vicente Conde Martín. «BOE» de 14 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 86.1

### *Pérdida de objeto del proceso de amparo*

«La desaparición sobrevenida del objeto ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación del proceso constitucional de amparo cuando en el procedimiento que dio origen al recurso de amparo la lesión aducida fue reparada o bien por los propios órganos judiciales, o bien como consecuencia de la desaparición de la causa o acto que inició el procedimiento (SSTC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 4; 139/1992, de 13 de octubre, FJ 2; 57/1993, de 15 de febrero, FJ único; 257/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 2). Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la función que cumple el recurso de amparo es la de la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, por lo que cuando tal reparación se produce fuera del proceso de amparo no

cabe sino concluir que éste carece desde ese momento de objeto, salvo que a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo nuestra respuesta siguiera siendo necesaria teniendo en cuenta otros elementos de juicio (SSTC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2; 84/2006, de 27 de marzo, FJ 2; 128/2006, de 24 de abril, FJ 2; y 332/2006, de 20 de noviembre, FJ 2).».

(STC 118/2007, de 21 de mayo. recurso de amparo 3265/2003. Ponente: Don Javier Delgado Barrio. «BOE» de 22 de junio de 2007).

## **REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO**

### **ARTÍCULO 242.i)**

#### *Derecho del interno de asesorarse por letrado durante la tramitación del expediente sancionador*

«Por lo que se refiere al derecho de defensa en el ámbito de los expedientes sancionadores penitenciarios, hemos afirmado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 242.2 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, el asesoramiento para la defensa del incurso en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado (aunque su intervención no sea preceptiva), sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el Jurista criminólogo del centro penitenciario, como constaba ya en los artículos 130.1 y 281.5 del Reglamento penitenciario de 1981 [SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 3; 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 190/1987, de 1 de diciembre, FJ 3; 192/1987, de 2 de diciembre FJ 2.b); 161/1993, de 17 de mayo, FJ 4; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 4; y 128/1996, de 9 de julio, FJ 6]. Además, el propio Reglamento penitenciario permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo “por cualquier persona que designe” el interno. Esta misma doctrina subraya la relevancia de la posibilidad de asesorarse legalmente el interno como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan, de suerte que la ausencia de respuesta por parte de la Administración penitenciaria a la solicitud de asesoramiento legal del interno se considera lesiva del derecho a la defensa garantizado por el artículo 24.2 CE, como hemos tenido ocasión de declarar en diversas ocasiones (por todas, SSTC 161/1993, de 17 de mayo, FJ 4; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 4; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 4; y 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4).»

(STC 66/2007, de 27 de marzo. Recurso de amparo 6963/2004. Ponente: Don Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 26 de abril de 2007).





# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 16

*Distinción tentativa acabada e inacabada, a los efectos de aplicación del artículo 62. La objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito*

Quinto.–Finalmente, el cuarto motivo, formalizado por idéntico cauce que los anteriores, denuncia la infracción del artículo 62 del Código Penal, y reprocha que la Audiencia Provincial de instancia no haya rebajado más que un grado, en vez de dos, como tentativa inacabada, que es lo que se sostiene en esta censura casacional.

El artículo 62 del Código Penal dispone que «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el artículo 16.2 del Código Penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el artículo 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese «todos», debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no cuenta el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del artículo 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta «el grado de ejecución alcanzado», que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al «peligro inherente al intento», que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así que, constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

En efecto, la STS de 21 de marzo de 2006, ratifica la tesis de la tentativa acabada, desde el primer punto de vista, al juzgar unos hechos prácticamente idénticos a los aquí enjuiciados («... cuando M. abrió la puerta del ascensor, L. C. la cogió del brazo introduciéndola en el ascensor y acto seguido, el acusado exhibió la navaja que portaba y se la puso en el cuello. Con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales, exigió a M. que se quitara los pantalones, intentando bajárselos el propio acusado, sin llegar a conseguirlo ante la resistencia de M. y el hecho de ponerse en cuclillas...»).

Lo propio ocurre en la STS de 6 de marzo de 2006, en donde se expone que, prácticamente, los actos de ejecución estaban casi cumplidos, por lo tanto estimamos que la interpretación que se efectúa por el Tribunal del artículo 62, es correcta legalmente, en la medida que el propio artículo no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la *conjunctium membrorum*, de la jurisprudencia clásica sino «al grado de ejecución alcanzado», lo que supone una modulación de la doctrina antes expuesta, o si se quiere una modulación que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada, que ya se encuentra, también, en algunas sentencias de esta Sala como la STS de 14 de mayo de 2004, cuyo FJ primero, después de reconocer la doctrina general de disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el “peligro inherente al intento”, a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate».

En consecuencia, dada la ejecución alcanzada por el delito, y sobre todo, el peligro inherente al intento, la penalidad ha sido correctamente aplicada, al concurrir, además, en aquél la circunstancia de parentesco funcionando como agravante, lo que obliga a elevar el umbral de la dosimetría penal que debe imponerse al acusado.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 20.4

*Alcance de la eximente de legítima defensa. Requisitos*

Cuarto.—Pues bien partiendo de esta premisa e incólume el relato fáctico, debemos recordar que la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un *animus defendendi* que, como ya dijo la STS de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor (*animus necandi o laedendi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la STS de 16 de noviembre de 2000, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que, por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente (STS de 12 de julio de 1994), exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar» (STS de 6 de octubre de 1993), de modo que no la constituye «el simple pedir explicaciones o implicar verbalmente a otra persona» (STS de 23 de marzo de 1990), ni el «hecho de llevar las manos en los bolsillos, profiriendo insultos» (STS de 26 de mayo de 1989).

Y respecto a las situaciones de riña, la jurisprudencia, de forma constante viene declarando que en la situación de riña mutuamente aceptada no cabe apreciar para los contendientes las circunstancias de legítima defensa, al no haber en nuestro Derecho la pretendida «legítima defensa recíproca» y ello en razón a constituirse aquéllas en recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un *animus* exclusivamen-

te defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes, que de las palabras pasan a los hechos, generándose consecuencias lesivas, no como actuación exclusivamente paralizante o neutralizadora del acometimiento injusto o inesperado del adversario, sino como incidentes desprovistos de la estructura causal y racional que justifica la reacción de fuerza del acometido sin motivo, entendiéndose por riña o reyerta una situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan, tras las palabras insolentes, afrentosas u ofensivas en las peligrosas vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra.

En estos casos se ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa (SSTS de 29 de enero de 2001, y de 16 de febrero de 2001), siendo indiferente la prioridad en la agresión (SSTS de 31 de octubre de 1988, y 14 de septiembre de 1991), si bien se ha precisado que ello no exonera a los Jueces a averiguar «la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión» (SSTS de 22 de mayo de 1993, de 1 de marzo de 2001, de 13 de marzo de 2003). Y a tal supuesto en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba» (STS de 13 de marzo de 2003), a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no contaba» (STS de 26 de octubre de 2005), produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes.

En el caso presente el recurrente no respeta los hechos probados que hacen referencia a que el acusado, que trabajaba como cocinero en una establecimiento, «en el curso de una discusión con el propietario del establecimiento, Luis Enrique, llegó a esgrimir contra él una pistola. Lo que motivó que se iniciara un forcejeo entre ambos por la posesión del arma, llegando Luis Enrique a sujetarla con sus manos provocando que el acusado acabara cogiéndola en una posición forzada, Aunque pese a todo dirigida contra aquél. Hasta que en un momento dado el acusado, Darío..., efectuó un disparo contra él, que le alcanzó el rostro...».

Del anterior relato no existe base fáctica alguna para apreciar la eximente invocada. Por cuanto se habla de una discusión de que el acusado era quien llevaba el arma, y de un forcejeo, pero se omite cualquier referencia a que la víctima atacase previamente al acusado poniendo en peligro su vida de forma que este último tuviera que defenderse con la pistola.

El motivo por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 20.6

### *Eximente de miedo insuperable. Requisitos para su apreciación*

Octavo.—El segundo motivo, también por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim, reclama la aplicación de la eximente completa o incompleta

de miedo insuperable (arts. 20.6, o 21.1 CP) atenuando de manera muy cualificada, basándose en que la propia sentencia recoge que la situación que existía entre la familia de los «Bola» y la de los «Macarra» no era amistosa, y que la fama de los primeros en todo Valladolid, hacía esperar reacciones violentas por parte de tal familia de la ex mujer del recurrente.

La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: *a)* La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. *b)* Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. *c)* Que dicho temor ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de temeridad o de pusilanimidad. *d)* Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción.

No existe base fáctica que permita la aplicación de la circunstancia, en cualquiera de sus modalidades postuladas, y el motivo debe ser desestimado.

En el caso, la narración histórica que sólo reconoce la «existencia de desavenencias entre ambas familias, y que Carlos José sabía que podía surgir algún incidente con lo familiares de Silvia, una riña o una quimera, a pesar de que esa misma tarde iban a acudir los arregladores a hablar con las familias», no permite concluir la existencia del pretendido miedo en el acusado, ni de sus elementos integrantes. Más aún, la sentencia de instancia rechaza expresa y racionalmente la apreciación de la circunstancia cuando dice en su fundamento jurídico quinto «... que la actitud que adoptó excluye completamente el haber obrado por miedo insuperable. El aparcar en las inmediaciones de la casa de Silvia sabiendo que después alguien de su familia tendría que ir a recogerlo y muy probablemente encontrarse con familiares de ella, el acudir después él a recoger el vehículo a ese lugar, en vez de encomendárselo a otra persona que no levantara los ánimos de las personas que allí estuvieran, y el acudir ya con las pistolas cargadas sabiendo que se podía producir un incidente, excluye la existencia del miedo insuperable, en cualquiera de sus formas, que ha sido invocado por la defensa».

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 21.5

### *Atenuante de reparación del daño. Su caracterización en los delitos patrimoniales y no patrimoniales*

Tercero.—El tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 21.5 del Código Penal, entendiendo la recurrente que no debió haberse estimado la atenuante de reparación del daño, pues se ha apreciado sin tener en cuenta las circunstancias personales y económicas del acusado.

El motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En la STS de 12 de mayo de 2005, hemos declarado que esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultan-

de secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien, dicho esto, tampoco debe pasar desapercibido, aunque posea una importancia colateral, el contexto económico o posibilidades patrimoniales del acusado y su entorno para indemnizar. En cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo sea solvente o insolvente.

A su vez, constituye un referente audible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc., es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con destino a la indemnización correspondiente a la víctima, una niña de 7 años de edad, siendo así que el Ministerio Fiscal (y la acusación particular), ya peticionaban la cantidad de 6.000 euros, que fue precisamente la cuantificación del perjuicio a título de daño moral que el Tribunal estimó procedente.

La Sala sentenciadora de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, únicamente razona la impertinencia de la apreciación de la referida atenuante como muy cualificada, pero no lleva a cabo un pronunciamiento concreto acerca de su consideración como atenuante simple, lo que da por supuesto, aun teniendo en cuenta la diferencia entre lo consignado y lo declarado procedente, sin razonamiento alguno, como decimos. Este solo argumento sería suficiente para la estimación del motivo, pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, la consignación es inferior al tercio de lo procedente, está fuera de toda duda que la atenuación de la responsabilidad penal no era procedente, ni de lejos.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado, individualizando la concreta dosimetría penal aplicable al acusado en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.

(Sentencia de 27 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 22.7

*Agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable. Custodio de la legalidad que se convierte en infractor, instrumentalizando las facultades de que le ha investido la Ley para, torcidamente, facilitar su vulneración*

El motivo tercero, por el mismo cauce que el anterior, cuestiona la concurrencia de la circunstancia agravante de haber aprovechado su condición de funcionario público en la participación de los hechos delictivos.

Se dice que no consta que se aprovechara de esa circunstancia para la ejecución del delito.

Nuevamente desconoce los hechos probados. Su condición de miembro de la Guardia Civil destinado en el puerto de Tarifa la cualificaba altamente para facilitar la impunidad de la navegación del barco que llevaba el hachís en el puerto, y como dice el FJ quinto, el hecho de que prestara sus servicios en la terminal de pasajeros del puerto de Tarifa, no fue obstáculo para que pudiera conocer y transmitir datos sobre el movimiento de barcos en la zona pesquera del puerto, donde estaba atracado el barco con el hachís en sus bodegas.

Es obvio que su condición y destino fue puesto al servicio de los fines criminales que así quedaban facilitados de forma relevante.

No puede cuestionarse seriamente la corrección de la concurrencia de esta circunstancia de agravación. Nada es más desmoralizador que observar que el custodio de la legalidad se convierte en su infractor, instrumentalizando las facultades de que le ha investido la Ley para, torcidamente, facilitar su vulneración.

Es claro el plus de culpabilidad que justifica el plus de punición que conlleva la agravante.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 24 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 23

*Agravante de parentesco. Concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad*

Cuarto.—El tercer motivo del recurso, formalizado por idéntico cauce impugnativo que el anterior, y consiguiendo respeto a los hechos probados, reprocha la estimación de la agravante de parentesco, definida en el artículo 23 del Código Penal, pues los hechos, se dice, evidencian la desafección sentimental existente.

Dispone tal precepto, en la redacción vigente a la ocurrencia de los hechos, que «es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente», redactado por la LO 11/2003, de 29 septiembre, de medi-



das concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Los hechos probados declaran con rotundidad que Juan Ramón «había tenido una relación sentimental» con la víctima, Angelina.

Como hemos dicho en nuestra STS de 14 de octubre de 2005, la jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 de la Constitución española: imperio de la Ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos. Por esta vía se había adentrado ya el legislador al modificar el artículo 153 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 14/1999, de 9 de junio, al incorporar la fórmula «sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad», lo que permanece, tras la LO 11/2003, en el precepto vigente, según modificación por LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Es más, los hechos probados y la lectura de los autos demuestran que la causa desencadenante de todo el suceso fue el hallazgo de un preservativo usado en la vivienda ocupada por la víctima, lo que produjo el enojo de Juan Ramón y la intención violenta de mantener relaciones sexuales forzadas con Angelina, lo que evidencia el signo sentimental de su relación, provocada sin duda por una situación de celos, que es propia de la relación sentimental que declara la Sala sentenciadora de instancia, que así se ha configurado en el relato histórico de la sentencia recurrida y que, dado el cauce elegido por el recurrente para formalizar el recurso, no se puede desconocer.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 29

### *Complicidad delictiva: teorías que la diferencian de la autoría por cooperación necesaria*

Sexto.—El segundo motivo del Ministerio Fiscal, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal, en cuanto Aurelio y Federico han sido condenados como cómplices de un delito de coacciones, y solicita que los citados procesados sean condenados como autores de un delito de detención ilegal.

La sentencia recurrida considera que los procesados citados materializaron simplemente una cooperación no necesaria, que si fue eficaz para la ejecución del delito, no traspasó los límites de lo accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del

propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SSTS de 8 de febrero de 1984 y 8 de noviembre de 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. STS de 15 de julio de 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoria o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (cfr. SSTS de 9 de mayo de 1972, 16 de marzo y 12 de mayo de 1998 y, últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*.

La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se contribuye con un «algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los «bienes escasos»», o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992), y también se ha de tener en cuenta la teoría de la relevancia de la colaboración.

Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva.

Por eso, hemos de convenir, como mejor criterio delimitador, en que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido.

En el caso enjuiciado, si excluimos la puesta en libertad por orden de Cristóbal, que ejecutan ambos procesados, que por ser el acto de concluye la detención ilegal a favor de la liberación de la víctima, no puede tener gran relevancia antijurídica, sin previa participación en el hecho central del suceso, lo único que se les imputa es la ejecución de la orden de aquél, cuando, avistado un vehículo policial, Cristóbal les ordena colocar a Valentina en el medio del asiento posterior, sin duda para ocultarla, o para que no pudiera pedir auxilio. Fuera de ello, ni se encuentran en posición jurídica de garante, pues no han provocado la situación de encierro o detención, ni en el relato de hechos consta ninguna otra actuación (recuérdese que ellos se hallan en el piso con sus respectivas novias, entrando y saliendo continuamente con ellas, e incluso acompañándolas a sus casas).

En suma, no existen elementos de consistencia para variar la calificación jurídica que les ha concedido la sentencia recurrida, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar, salvo que los cómplices han de convertirse en partícipes de un delito de detención ilegal, como ya anteriormente anunciamos.

(Sentencia de 8 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 31

*Fórmula jurídica encaminada a responder a aquellos supuestos en los que el sujeto activo actúa en nombre de otro, no concurriendo en aquél, pero sí en la persona jurídica a la que se está representando, las condiciones y presupuestos exigidos por el tipo penal correspondiente para ser sujeto activo del mismo*

Segundo.—Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, la defensa de ambos acusados invoca el error de Derecho, derivado de la aplicación indebida del artículo 257 del CP.

I. En el segundo de los motivos, razona el recurrente que el delito de alzamiento de bienes requiere la existencia de una deuda por parte del sujeto activo del delito. A tenor de la legislación aplicable a la forma societaria adoptada por «AGT Servicios, SCCL», las deudas sociales de las sociedades cooperativas catalanas limitadas —Ley 18/2002, de la Generalidad de Cataluña—, no son deudas de los socios sino de la propia sociedad. En consecuencia, si Armando no era deudor personal, faltaría uno de los elementos típicos del delito de alzamiento de bienes.

El motivo no es viable.

Es cierto que el artículo 54 de la Ley 18/2002, 15 de julio, bajo el epígrafe responsabilidad de los socios por las deudas sociales, establece que, «... salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario, los socios han de responder de las deudas sociales, de forma limitada a las aportaciones al capital social suscritas, tanto si son desembolsadas como si no». Sin embargo, no resulta procedente quebrar, a partir de ese precepto, el juicio de tipicidad formulado por la Sala de instancia. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento del recurrente, habría que concluir que el delito de alzamiento de bienes, en la medida en que exige en el sujeto activo la condición jurídica de deudor, nunca podría cometerse en el ámbito de las personas jurídicas que, por definición, cuentan con un patrimonio propio y separado del que es titularidad de cada uno de sus socios. Se daría la paradoja, además, de que quedaría excluida la respuesta penal en acciones claramente reprochables, ejecutadas en el ámbito de la empresa y con el amparo que proporciona el principio de responsabilidad social. Precisamente para hacer frente a esas situaciones, el artículo 31 del CP, en línea de lo que ya proclamara el previgente artículo 15 bis, introduce una fórmula jurídica encaminada a responder a aquellos supuestos en los que el sujeto activo actúa en nombre de otro, no concurriendo en aquél, pero sí en la persona jurídica a la que se está representando, las condiciones y presupuestos exigidos por el tipo penal correspondiente para ser sujeto activo del mismo.

Hoy puede afirmarse, con carácter general, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido el espacio que es propio del artículo 31 del CP, que no es otro que el de las actuaciones en nombre de otro y los delitos especiales, esto es, aquellas

infracciones que requieren la concurrencia de determinadas condiciones en el sujeto activo que pueden explicarse a través del mecanismo jurídico de la representación. Los delitos previstos en los artículos 251 –cuando gozar de una preexistente facultad de disposición se erige en presupuesto del tipo–, 252 –al requerir en el sujeto activo hallarse en una relación jurídica que puede no concurrir en él y sí en cambio en la persona jurídica en cuyo nombre actúa–, 282 –cuando impone en el delito publicitario la condición de fabricante o comerciante–, 289 –que presupone en el sujeto activo la condición de propietario de una cosa de utilidad social o cultural– y, en fin, el artículo 257.1 del CP que, al regular el delito de alzamiento de bienes, exige como presupuesto que el autor sea propietario y, además, deudor.

Al margen de lo anterior, conviene tener presente que los dos documentos de reconocimiento de deuda suscritos por Armando –ambos descritos en el *factum*–, en cuya virtud, aquél reconocía, a título personal, adeudar determinadas cantidades a otros socios y a la propia entidad «AGT Servicios, SCCL», reunían todas las condiciones para su validez, sin que ahora, en sede casacional, resulte aceptable cuestionar su exigibilidad mediante el equívoco argumento de que esas deudas nunca debieron ser asumidas por el recurrente.

En consecuencia, descartada la alegación del recurrente acerca de la imposibilidad de afirmación de su carácter de deudor, el delito previsto en el artículo 257.1 del CP se dibuja con absoluta nitidez, no existiendo razones que conduzcan a estimar incorrectamente aplicado aquel precepto.

(Sentencia de 30 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato con alevosía. El acusado aprovechó que las víctimas estaban durmiendo para, de modo súbito e inesperado, provocar un incendio, con conocimiento de que existía una muy alta probabilidad de que produciría la muerte de los moradores. La alevosía es compatible con el dolo eventual*

Cuarto.–En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.1 del Código Penal.

Se dice que no ha quedado plenamente acreditada la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía y que respecto a los menores su ánimo fue en todo caso eventual, considerándose que el dolo eventual es incompatible con la agravante específica de alevosía.

El motivo debe ser desestimado.

Desde hace años, viene declarando esta Sala (cfr. Sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona,

la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito e inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

En el supuesto que examinamos, el elemento normativo indudablemente está presente, dada la naturaleza del delito al que se pretende incorporar la agravante de alevosía. Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia tanto de la alevosía sorpresiva como por desvalimiento, ya que el acusado aprovechó que las víctimas estaban durmiendo para, de modo súbito e inesperado, provocar un incendio, con conocimiento de que existía una muy alta probabilidad de que produciría la muerte de los moradores, sin ninguna posibilidad de reacción defensiva, asegurándose, como se señala en la sentencia recurrida, la indefensión de las víctimas y su propia impunidad.

No es cierto, como se alega en el recurso, que la alevosía sea incompatible con el dolo eventual, no siendo ese el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia de 2 de febrero de 2004, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias de 25 de marzo de 2004, de 19 de abril de 2004 y 24 de mayo de 2004, esta última referida a un supuesto muy parecido al que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias de 4 de junio de 2001, de 31 de octubre de 2002 y de 20 de enero de 2003. En la misma línea la Sentencia de 3 de junio de 2002 estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo» (FJ 2.º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la Sentencia de 21 de junio de 1999, que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente Sentencia de 10 de octubre de 2006, igualmente se pronuncia por la compatibilidad si bien, dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, rechaza la existencia de la alevosía, circunstancias que no concurren en el supuesto que ahora examinamos.

Están, pues, presentes los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan la alevosía que ha sido correctamente apreciada por el Tribunal de instancia.

(Sentencia de 4 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 188.1

*Determinación coactiva a la prostitución. En aquellos supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa, que supera y exceda al derivado de la prostitución coactiva, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo*

Sexto.—Los motivos tercero de Mariano, tercero y cuarto de Bernardo, segundo de Lourdes y segundo de María Inmaculada, se formalizan por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncian tanto la incardinación de los hechos probados en el artículo 163.1 como en el artículo 188.1, ambos del Código Penal, o bien proponen la absorción del primero en el segundo.

Este reproche casacional debe ser desestimado.

Como hemos declarado recientemente (Sentencia de 20 de marzo de 2006), siguiendo a la STS de 25 de noviembre de 2005, no es la primera ocasión que esta Sala declara compatible la situación de detención ilegal con una aparente, sólo aparente y limitada capacidad de salir de casa, ir al supermercado o coger el autobús. Estos actos que aisladamente considerados podrían ser sugerentes de una situación de libertad ambulatoria, no lo son cuando se trata de personas —generalmente mujeres— sin documentación, sin conocimiento del idioma del país en el que se encuentran, procedentes de países muy diferentes, que viven en un entorno de temor, cuando no de terror, que les convierten en verdaderos seres despersonalizados, a merced de quienes se comportan brutalmente, dedicándoles a la prostitución.

Si bien en general ha de estimarse que en el campo de la prostitución coactiva existen manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución, que debe ser absorbida por el delito de prostitución —STS de 11 de julio de 2001 y 30 de enero de 2003—, es lo cierto que en el examen individualizado, caso a caso, que es la esencia de toda actividad de enjuiciamiento, pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y exceda al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo. En relación al delito de prostitución, tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria *strictu sensu* por referirse a personas extranjeras que se encuentran en la situación que se ha relatado.

En estos casos existe un plus de control sobre la mujer —que suele ser la víctima—, que excede y con mucho el necesario para su actividad en la prostitución. Aparece el ataque a otro bien jurídico distinto, cual es el de la libertad ambulatoria, y al respecto hay que recordar el escenario descrito en los hechos probados por lo que se refiere al caso de autos.

Los hechos probados narran que ambas denunciadas, y una vez en la localidad de Vera (Almería), fueron obligadas a residir en una vivienda, en la que habitaban los también procesados, y las conminaron para que trabajaran para todos ellos, ejerciendo la prostitución, con cuyo rendimiento económico se quedarían para beneficio de los mismos. Tal situación no fue inicialmente aceptada, pero mediante amenazas, físicas y verbales, consiguieron su propósito, en los términos que se relatan en el *factum*. De modo que Rocío era conducida diariamente al club, como asimismo Mari Trini (si

bien ésta no llegó a mantener relaciones sexuales con los clientes). El resultado económico de la actividad sexual ejercida, le era sustraído a la primera, apropiándose todos de tal dinerario, obteniendo Luis María de los otros procesados una parte de los ingresos obtenidos por Rocío en el ejercicio de la prostitución. Durante el desempeño de tal actividad, algunos procesados vigilaban «exhaustivamente» a Rocío, y ya fuera de su horario en tal cometido, era «conducida de igual forma por los procesados referidos a la vivienda de Vera tras su conclusión, [y] era obligada por éstos a permanecer en la vivienda sometida a estricta vigilancia, que impedía cualquier tipo de libertad de movimientos», y ello en permanente clima de amenazas. Estas denunciadas, no disponían de pasaporte (que les había sido retenido, y se encontraba fuera de su alcance), tampoco disponían de dinero, desconocían el idioma español, carecían de conocimientos sobre el paraje en donde se encontraban, no mantenían relaciones personales, fuera del club. Mari Trini fue objeto de igual trato amenazante, si bien no ejerció la prostitución, y «fue obligada por los reiterados procesados rumanos a permanecer en la citada vivienda, ocuparse en el club “La Morena” en idénticas condiciones intimidatorias y privativas de libertad impuestas a Rocío», estando, al igual que Rocío, «privada de conducirse libremente ante la estricta vigilancia, impeditiva al efecto, a que estaba sometida».

Esta situación de privación de libertad es mucho más estricta y severa que otros casos enjuiciados por esta Sala casacional, y a pesar de ello, en esos otros precedentes, se ha estimado la concurrencia autónoma de un delito de detención ilegal en concurso con otro de determinación coactiva a la prostitución.

En tal sentido se puede citar la STS de 17 de septiembre de 2001 en su FJ sexto, «... acreditada la retirada de los pasaportes, el desconocimiento del idioma, carecer de dinero, no tenían persona conocida en nuestro país y el ambiente de temor provocado por los acusados, que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre... se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado que escapan a dicha situación... que las víctimas no eran libres de movimiento...» y ello a pesar de que las mujeres acudían al supermercado para abastecerse (lo que aquí no ocurre ciertamente), y en el mismo sentido se puede citar la STS de 19 de noviembre de 2001. Y es que la conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

Como señala la Sentencia de 17 de septiembre de 2001 (ya citada), mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante *vis compulsiva* a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos.

Se cumplen, pues, todos los elementos tanto del tipo del artículo 163.1 como del artículo 188.1 del Código Penal. Y no puede atenderse tampoco a la pretendida continuidad delictiva, que propone el motivo primero de Joaquín de forma subsidiaria, porque los bienes jurídicos son personales de ambas víctimas, impidiéndolo el contenido del artículo 74.3 del Código Penal, como ocurre con la libertad individual, en su manifestación de libertad deambulatoria.

De idéntico modo, en el primer motivo de María Inmaculada se denuncia que no se han concretado amenazas, cuando lo cierto, y por la vía elegida por el recurrente (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), hemos de respetar los hechos



probados, que respecto a Rocío se relata que «le amenazaron con venderla a otras personas, y con causarle daño físico a ella, a su hermano que vivía en Francia, e incluso a un menor hijo que vivía en Rumanía; en esta dinámica de amenazas llegaron incluso a maltratarla de obra». Y con respecto a Mari Trini, que fue idéntico el «trato amenazador e intimidatorio», y que «atentaban gravemente a su integridad física».

En consecuencia, este reproche casacional no puede prosperar.

(Sentencia de 20 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 189.1

*Distribución y facilitación de pornografía infantil. No es procedente la consideración de la continuidad delictiva, en consonancia con la naturaleza abstracta o genérica del bien jurídico protegido*

Primero.—El Fiscal, en motivo único, se alza contra la sentencia por la vía del artículo 849.1.º LECrim, por entender que la Audiencia no aplicó, cuando debió hacerlo, el artículo 74 C.P.

1. Al extractar su contenido nos dice que el Tribunal Provincial tras reflejar en los hechos que declara probados una sucesión de actos (en distintos momentos y dirigidos a diversas personas) de transmisión de archivos con contenidos de pornografía infantil e incluso establecer que en el momento de su detención el condenado tenía en su poder material pornográfico referido a menores de edad, destinado a su distribución, considera que dichos hechos son constitutivos de un «único» delito de corrupción de menores del artículo 189.3.a) y b) en relación con el artículo 189.1.b) del Código Penal, sin apreciar por tanto la continuidad delictiva interesada en la primera de las alternativas del escrito de calificación definitiva.

El Fiscal considera fuera de toda duda que el bien jurídico protegido por el artículo 189.1.b) del CP debe ser entendido como un bien plurisubjetivo y colectivo, en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puedan fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos.

En ese contexto entiende el Ministerio Fiscal que no debe suscitar problema alguno la consideración de un delito independiente, «por cada acto de difusión de pornografía infantil que se realice», y ello con independencia —desde esta perspectiva—, del número de menores a los que se refiera el material pornográfico. En consecuencia, cuando concurren los requisitos y presupuestos que el artículo 74 del CP establece para la figura del delito continuado, esos diversos comportamientos delictivos independientes deberán ser considerados y penados como delito continuado.

Ello debe ser así —sigue argumentando—, porque cada acto de distribución de la pornografía infantil constituye un hecho independiente que requiere una resolución criminal propia con su propia e independiente motivación. No puede ser lo mismo la conducta de quien aisladamente, en una sola ocasión, realiza un acto de difusión, que la de quien sistemáticamente difunde pornografía infantil referida a distinto material y dirigida a diversas personas, y ello, tanto desde la perspectiva de la protección del bien jurídico que se proclama, como desde la perspectiva de la reprochabilidad penal de la conducta.

2. Este planteamiento general se halla completado con alguna afirmación de interés, entre las que destacamos:

a) que la figura típica que se aplica persigue la protección genérica de la infancia, razonando que se atentarán tantas veces contra la infancia como actos concretos de distribución se realicen, pudiendo tener en cuenta como elementos para fundamentar la independencia de cada infracción la pluralidad de menores o incapaces representados en el material pornográfico distribuido, los distintos actos materiales que es necesario llevar a cabo para su distribución, las distintas resoluciones del sujeto para desarrollar su conducta, o incluso, en el supuesto que nos atañe, las diferentes personas a quienes se distribuye el material (al menos dos) y los diferentes cauces a través de los que se lleva a cabo la distribución;

b) reconoce la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, aunque invoca resoluciones de esta Sala estimativas de la continuidad delictiva en delitos contra la libertad e indemnidad sexual ante la homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes.

3. Del impecable, argumentado y bien estructurado escrito de recurso del Fiscal entresacamos aspectos interesantes que deben ser aceptados.

Así, acierta a la hora de delimitar el bien jurídico protegido y calificar el objeto de protección del tipo previsto en el artículo 189.1.<sup>o</sup>.b) CP, «la protección genérica de la infancia», como también se halla en la línea de la corrección valorativa la distinta gravedad de los hechos cuando son varias las acciones y varios los sujetos pasivos (menores) o personas a las que se facilita la información pornográfica, etc., pero tales fundados argumentos deben ser analizados más cuidadosamente, en atención a la severa intensificación penológica que podría producirse en caso de aceptar la continuidad delictiva, que, a fin de cuentas y según la petición que realiza ante este Tribunal, la pena interesada se hallaría dentro del recorrido penológico del subtipo que se aplica (4 a 8 años de prisión).

4. Esta Sala entiende que precisamente en atención al bien jurídico lesionado, su carácter genérico y la estructura del tipo, se viene a configurar en él una infracción de simple actividad, como ya tuvo ocasión de calificarla una sentencia de esta Sala (STS de 20 de septiembre de 2006).

El tipo debe construirse al modo de un delito de tráfico de drogas y el indudable mayor perjuicio o cantidad de lesión ocasionada al bien jurídico por la reiteración delictiva debe proyectarse en la determinación de la pena, en cuya función el criterio judicial individualizador permitiría elegir la adecuada.

Una herramienta valiosa en el plano hermenéutico que nos puede aportar luz a esta hipótesis novedosa la podemos encontrar en la Consulta de la Fiscalía General del Estado número 3, de 29 de noviembre de 2006, que en las conclusiones 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> nos dice lo siguiente:

«3.<sup>a</sup> Los tipos de los artículos. 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del artículo 189.1.a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantado las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que se partirá de que la conducta y la valoración jurídica son únicas, con independencia de si es un único menor o si son varios los afectados, por lo que se apreciará un único delito.

4.<sup>a</sup> Descartado en estos supuestos el concurso de delitos, una vía para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplica-

ción del subtipo agravado del artículo 189.3.c), cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo el valor económico del material pornográfico.

5.<sup>a</sup> Se podrá, en su caso, traducir penalmente la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de múltiples menores a través de las reglas de dosimetría penal, mediante las posibilidades que ofrece la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 66 CP, conforme a la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.»

5. Conforme a tales directrices, serían, en principio, irrelevantes la cantidad de actividad de una u otra clase (tipo mixto alternativo) realizada por el sujeto activo, tanto en relación a la naturaleza de las conductas, menores afectados o número de ocasiones en que tales conductas se reiteran.

Piénsese que al ser el bien jurídico protegido de carácter abstracto, los delitos posibles cometidos frente al menor para obtener el material pornográfico concurrían con el delito que analizamos. En los delitos cometidos sobre menores encaminados a la consecución de material pornográfico el bien jurídico protegido es personal y la naturaleza del tipo de resultado, circunstancia que no se da en el presente, lo que supondría que cada conducta delictiva realizada respecto al menor integre un delito independiente, con posibilidades de estimación de la figura de la continuidad delictiva. Pero ese no es el caso.

Todo ello hace precisamente que nada tenga que ver la jurisprudencia que invoca el fiscal, referida a delitos de resultado (no de peligro) que afecta a bienes jurídicos concretos, individuales en cada uno de los sujetos pasivos de la infracción, y que este Tribunal ha estimado correcto castigar en continuidad delictiva, particularmente en delitos de abuso sexual prolongado en el tiempo.

Por las razones expuestas el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 3 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 248

### *Estafa. Evolución jurisprudencial del concepto de engaño*

Único.—El recurso del Ministerio Fiscal contra la absolución de los acusados se basa en la infracción del artículo 248.1 CP, que estima indebidamente inaplicado. Considera el Fiscal que en el caso los acusados engañaron al perjudicado de manera típicamente relevante, porque las promesas de aquéllos movieron el ánimo de éste, porque es anterior a la disposición patrimonial y porque sugestionó al sujeto pasivo para aceptar el negocio propuesto.

El recurso debe ser desestimado.

1. La sentencia recurrida sostiene que en el caso concreto no existió engaño porque «no puede aceptarse que el error pueda imputarse objetivamente a la acción engañosa». Luego dice que debe ser «suficiente para inducir a error a una persona medianamente perspicaz» y que «el engaño no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podría haber evitado fácilmente el error». Otras consideraciones similares son reiteradas a lo largo del fundamento jurídico primero.

2. Los argumentos de la sentencia recurrida no son totalmente coherentes entre sí, pero el resultado al que llega el Tribunal *a quo* es correcto.

En lo concerniente al engaño la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado a través de los cambios legislativos experimentados por el delito de estafa en nuestro

Código Penal. La jurisprudencia anterior a la reforma introducida por la LO 8/1983 entendió que el engaño debía ser idóneo. No obstante que el texto de los antiguos artículos 528 y 529 CP 1973 no mencionaban tal elemento, los precedentes de esta Sala, posiblemente por influencia de la doctrina italiana elaborada sobre el Código de 1889, artículo 413, introdujeron la idoneidad del engaño como requisito típico. La aplicación de este criterio no fue, sin embargo, totalmente consecuente. Las SSTs de 24 de octubre de 1962, 4 de abril de 1963 y 27 de junio de 1975 sostuvieron que la idoneidad debía ser establecida en el caso concreto, lo que probablemente hacía referencia a las condiciones del sujeto pasivo. Pero la STS 19 de enero de 1976 consideró que no cumplían las exigencias del tipo cuando la conducta del perjudicado no se motivó por el engaño, sino por otras causas. De todos modos la jurisprudencia rechazaba absolver en los casos de engaños burdos (STS de 4 de marzo de 1995) con lo que, en realidad, se negaba que el engaño tuviera que ser idóneo.

Tampoco es clara la cuestión en la doctrina. Algunos autores estiman que la aptitud del engaño para causar el error se debe determinar sin tener en cuenta el sujeto pasivo. Otros, por el contrario, piensan que la idoneidad depende de las características del sujeto pasivo. En los últimos tiempos son varios los autores que piensan que la solución del problema se debe contemplar desde la perspectiva de la subsidiariedad del Derecho penal y que la cuestión se debe situar en el marco de la relación del engaño con el error, de tal manera que toda afirmación de un hecho falso u ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo constituye un engaño típico si causó una representación falsa de la realidad en el sujeto pasivo. Este punto de vista tiene su apoyo en el texto de la ley, que no dice «engaño idóneo», sino «engaño bastante para producir error en otro». Consecuentemente todo engaño que produce error en otro es bastante.

Sin embargo, es necesario –como lo reconoce tanto la jurisprudencia, como la doctrina y la ley– que el error haya sido producido por el engaño. Éste, por lo tanto, debe ser la «causa» del error. Esa relación, denominada con frecuencia causal, sin embargo, se debe excluir cuando junto con el error concurren otras «causas» que contribuyen a la falsa representación del sujeto pasivo, en especial, las que ponen de relieve la falta de autoprotección de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas precauciones para salvaguardar la integridad de su patrimonio. Tales circunstancias son de apreciar sobre todo cuando el sujeto pasivo se introduce en negocios poco claros, en los que el beneficio que se le ofrece carece de explicación comercialmente racional, cuando actúa con total despreocupación respecto de la licitud de los hechos.

En consecuencia, es de apreciar un engaño que fue bastante para provocar un error y la consiguiente disposición patrimonial del sujeto pasivo, pero la omisión de una actuación mínima cuidadosa del mismo excluye la tipicidad. Esta Sala ha aplicado ya este criterio en el caso de instituciones de crédito que no se han asegurado adecuadamente de la solvencia del cliente y los supuestos en los que el sujeto pasivo hubiera podido comprobar el estado del bien que quiere adquirir en un Registro público.

(Sentencia de 3 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 249

*Uso de tarjeta sustraída a su titular por tercero en cajero automático. Robo con fuerza o estafa informática. Problemática doctrinal. Postura de la Sala*

Cuarto.–Se alega en primer lugar dentro del motivo segundo infracción de Ley que el hecho en que se basa la calificación jurídica de estafa es el apropiarse de una

tarjeta original del propietario y después utilizarla para extraer dinero de un cajero, pues no se alude a que responda a compras efectuadas con otras tarjetas ni a los usos de tarjetas clonadas con los datos de las intervenidas en el domicilio, ha habido infracción de los artículos 248 y 249 CP por cuanto no se darían los requisitos objetivos ni subjetivos del tipo y estaríamos ante un delito de robo con fuerza, lo que implicaría en base al principio acusatorio y haberse calificado sólo por estafa, la absolución, eliminando del fallo la condena a la pena privativa de libertad de dos años impuesta.

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN suscita desde siempre problemas de tipificación.

Ya con anterioridad a la vigencia del actual Código se cuestionó la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa, y la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado sostuvo, al desestimar la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos engaño y error (sólo posibles de persona a persona), la procedencia de la calificación como robo con fuerza en las cosas, por entender comprendida en el concepto legal de llave falsa la tarjeta, afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa después de ciertas maniobras, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto no priva a aquélla de su carácter de llave.

No obstante ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó que, aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina.

Así, se sostenía que cuando una persona, que ha sustraído una tarjeta y tiene conocimiento del número secreto, pone en funcionamiento el cajero, lo que está haciendo es situarse en el lugar del titular de la cuenta, simulando al operar su autorización para extraer fondos, logrando a través de la corrección de la identificación efectuada por el sistema, la disposición de fondos, lo que indudablemente sería una maniobra fraudulenta y realmente no puede hablarse de máquina engañada sino de un Banco (como persona jurídica) engañado. Se aludía además al hecho incuestionable de que si por el no titular se transmite desde un terminal una orden de pago, adoptando o fingiendo una personalidad que no es la propia, y el terminal lo transmite a su vez al ordenador central, que autoriza la operación y dispensa el metálico, el autor consigue esta disposición patrimonial igual que si hubiera engañado directamente al programador o a un empleado de la sucursal, ya que lo que hace el proceso informático del cajero es comprobar la corrección del código de identificación y la vigencia de la tarjeta, es decir, lo que pretende el terminal es cerciorarse de que ante el mismo, se halla una persona legitimada, que es el titular de la tarjeta, o alguien, que además de poseer la misma, conoce la clave personal, lo que en un porcentaje altísimo de ocasiones equivale a decir que es el propio titular el que está operando, según confirme la experiencia. En definitiva, se decía que lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error, lo que en la práctica produce el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos. Además, se añadía que si con los mismos elementos como son la presentación de la tarjeta y el número secreto, se pudiera obtener metálico de un empleado de la entidad bancaria, no cabe duda que se consideraría tal presentación como engaño bastante, determinante de la entrega del dinero, por lo que la solución en estos casos debería ser la misma.

A ello se une la circunstancia de que no es posible asimilar el cajero automático a una caja fuerte en la que la tarjeta y la clave o número secreto fueran la llave de acceso directo al dinero, sino que a lo que en realidad se accede con los mismos es al proceso informático, concluyendo que, en estos casos, es la propia entidad bancaria y no la máquina quien entrega el dinero, con un consentimiento viciado por la creencia errónea de estar operando con el titular de la tarjeta.

Sin embargo y pese a ser estos argumentos convincentes la aplicación de la estafa clásica era entonces problemática, dado que no era el cajero automático sobre el que se manipula, sino el ordenador central, el que da las instrucciones de pago y entrega y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente, y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores, por lo que técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del artículo 528 CP 1973, suponía una relación de persona a persona.

En este sentido se señaló que, partiendo de que el engaño como elemento esencial de la estafa, debe ocasionar el error en el sujeto pasivo, y el acto de disposición debe estar determinado o causado por ese error, en la actuación del sujeto ante el cajero automático integraría el engaño esencial del delito de estafa, y la disposición patrimonial sería la expulsión del dinero que tomaría el sujeto, pero entre uno y otro momento no hay intervención alguna de otras personas, de suerte que no cabe hablar de error y de engaño a la máquina y que la voluntad del dueño de la máquina de que no se desprende dinero al no titular, voluntad tendente a evitar que personas no autorizadas dispongan del dinero, esa voluntad existe con anterioridad a la actuación del culpable y no está determinada por ella.

De este modo se negaba en los hechos la existencia del engaño, pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardides, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas, tal como se obtenía de la propia dicción del artículo 528 CP 1973. De aquí se desprendería que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario, opera pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto.

En este sentido la STS de 19 de abril de 1981 declaró que «mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa.

Por ello, y en congruencia con esta postura, se consolidó en la jurisprudencia el considerar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal» (SSTS de 21 de marzo de 1988, 6 de marzo de 1989, 27 de febrero, 21 de septiembre de 1990, 21 de noviembre de 1991, 8 de mayo de 1992, 21 de abril de 1993, 25 de abril de 1996).

Quinto.—Con la promulgación del CP 1995, parte de la doctrina ha señalado que teniendo en cuenta los artículos 238 y 239 que consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los

objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, estos supuestos de uso de tarjetas encajan con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas.

Tesis que, ciertamente, ha sido respaldada en sentencias de esta Sala Segunda como las dos citadas por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, la STS de 16 de marzo de 1999 que señala «con relación al nuevo artículo 248.2 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados “cajeros automáticos”, porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la manipulación informática o artificio semejante que requiere el precepto; y la de 24 de abril de 1999 que, en la misma línea, absuelve de estafa y reputa robo con fuerza... para reservar la regulación específica que contempla el artículo 248.2, a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a un titular».

Sentencias a las que puede añadirse la de 22 de enero de 2004, que en un caso en que la Audiencia había entendido que no concurría el delito de robo con fuerza, al no haber constancia de que el cajero que extrajo el dinero, tras haber obtenido la tarjeta de forma violenta, estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o contrapuerta mediante el empleo de aquel instrumento, declaró que el artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín «accedere», acercarse. Entre los significados del termino, según el Diccionario de la Real Academia Española, está «entrar en un lugar o pasar de él». Acceso por su parte, significa acción de llegar o acercarse y también «entrada o paso». A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados «tocar o alcanzar algo». Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en el lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto, a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de su mecanismo que resulte hábil para extraerlas. Por ello, teniendo en cuenta los posibles significados del termino «acceder» empleado en el artículo 237 y las prescripciones de los artículos 238 y 239, concluyó que «hay que entender que la propia Ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante una llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél.

De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 CP.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en SS de 18 de febrero de 2000 y de 25 de junio de 2001.

Sexto.—Ahora bien esta calificación de robo con fuerza en las cosas ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina con apoyo en algunas resoluciones de esta propia Sala Segunda. Así se precisa que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el



acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorporal y ajenos por tanto al sentido «corporal» de las llaves en nuestro Derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la sentencia antes citada de 22 de enero de 2004), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún «lugar». De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste, o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta incriminable no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el artículo 237 CP.

En efecto, no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para «acceder al lugar donde éstas se encuentren», tal y como lo define legalmente el artículo 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los artículos 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v. gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto).

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el artículo 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v. gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por tanto, lo esencial es que se produce una operación informática –introducir la tarjeta, teclear el número clave y seleccionar importe– que lleva al aparato a efectuar una «transferencia no consentida de un activo patrimonial». Pero la disposición de la máquina es voluntaria y por ello no es posible afirmar que existe el «apoderamiento» propio del robo que exige que se produzca contra la voluntad –o al menos sin la voluntad– del dueño. Apoderarse implica la ausencia de voluntad del *tradens*, y en la estafa el *tradens* (persona o cajero) entrega el dinero, ya sea por engaño en la estafa común o por la manipulación del sistema en la estafa informática.

Sobre el carácter voluntario de la entrega es particularmente significativo el voto particular emitido a la STS de 8 de mayo de 1992, que, en parte, transcribimos: «En particular no cabe afirmar como lo hace la mayoría de la Sala, que «ese apoderamiento a través de manipulación normal sobre el cajero sito en la fachada de la entidad bancaria (...) constituye por lo menos un delito de hurto (...) porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño». Precisamente el último elemento, la contrariedad a la voluntad de su dueño, no se puede afirmar aquí sin violentar el concepto de «voluntad» que esta Sala utiliza a diario. La programación del cajero electrónico para que entregue el dinero a cualquier persona que disponga de la tarjeta

y conozca el número clave, implica que el titular del dinero, es decir el banco o la institución de crédito, quieren que el dinero sea entregado al que introduzca la tarjeta y señale el número clave secreto, cualquiera sea su identidad, pero también cualquiera sea su legitimación para hacerlo. Contra esta afirmación se afirma, sin embargo, que es evidente que la institución de crédito no quería entregar el dinero a una persona no legitimada, es decir, a una persona que carezca de autorización del titular de la tarjeta. Pero, este punto de vista se apoya en una confusión de la voluntad con el deseo. Por lo tanto, se expone a todas las críticas que se han formulado desde antiguo a tal identificación: un resultado indeseable no es por ello involuntario. De otra manera no sería posible admitir que el dolo eventual es una forma de los actos voluntarios. En este sentido no parece discutible que esta Sala no hubiera dudado en considerar como voluntaria la conducta del que predispone un arma de fuego para que se dispare cuando alguien pretenda abrir la puerta de la habitación, con el objeto de dar un escarmiento al que intente robar en su ausencia, aunque el que resulte muerto por el disparo no haya querido entrar a robar, p. ej., porque era su propio hijo ignorante del mecanismo de defensa predispuesto. Si se considera, por el contrario, que toda persona que obtiene dinero del cajero automático sin estar legitimado para ello realiza una conducta típica, habrá que sancionar como autor de hurto o de robo del dinero obtenido al titular legítimo de la tarjeta que extrae más dinero que el que tiene contractualmente autorizado. También en este caso habría que admitir que el banco «No quería» entregar la cantidad que supera el límite establecido en el contrato y que la tarjeta puede ser considerada llave falsa, pues como lo indican las SSTs de 15 de julio de 1988 y 3 de julio y 23 de diciembre de 1989, «lo que caracteriza al concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización». Este supuesto, como la doctrina ha puesto de manifiesto, demuestra que en los casos de no autorizados no se puede negar que la institución de crédito quiere entregar el dinero al que lo requiere, aunque no lo desee. Dicho de otra manera: el que entrega una cosa a cualquiera que la requiera para apropiarse de ella lo hace voluntariamente, aunque lo haga mediante un dispositivo electrónico.

Precisamente por estas consideraciones es que el hecho enjuiciado en esta causa sólo se debe sancionar como hurto de la tarjeta de crédito, mientras no exista un tipo penal específico como se ha introducido en otros Derechos europeos. La situación actual de la legislación penal frente a las manipulaciones indeseadas de aparatos electrónicos es similar a la que se produjo a principios de siglo con la electricidad y que obligó a la creación de un tipo especial. En los casos de uso indebido de cajeros automáticos lo que en verdad existe es un «engaño» sobre la autorización para retirar dinero de esa manera. Pero, dado que el artículo 528 requiere para la estafa que se haya engañado «a otro», no es posible aplicar dicha disposición, pues un aparato electrónico no es «otro», en el sentido de otra persona. Esta insuficiencia del tipo penal de la estafa no se puede compensar mediante la aplicación del delito de robo (...), ello vulnera el principio de legalidad del artículo 25.1.º CE, que prohíbe la extensión analógica de la ley en contra del acusado».

Séptimo.—Llegados a este punto habrá de determinarse si estas operaciones pueden ser comprendidas en la actual estafa informática del artículo 248.2 CP de 1995, tal como se ha pretendido solucionar en otros Derechos nacionales.

Así el Derecho alemán con la entrada en vigor el 1 de agosto de 1996 del parágrafo 263.a) del StGB, que dispone: «El que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso,

será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...», pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático, esto es, la utilización no autorizada de datos (*sinbefugte verwendung*). Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del artículo 248.2 de nuestro CP, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse «de alguna manipulación informática o artificio semejante» para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es utilizada correctamente sólo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático, se considera por este sector doctrinal, es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del artículo 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del «artificio semejante» del artículo 248.2 CP en estos casos de conducta voluntaria —pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta— pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del artículo 248.2 CP.

Así, la Sentencia de 20 de noviembre de 2001, en un caso en que el sustractor de la tarjeta en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial introducen ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló que el Código Penal de 1995 introdujo en el párrafo 2.º del artículo 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa, pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el «engaño» era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. El engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

La actual redacción del artículo 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que tortíceramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la

defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del artículo 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Doctrina esta reiterada en la STS de 26 de junio de 2006 que contempló un supuesto parecido castigando como estafa informática la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago.

Igualmente la Sentencia de 21 de febrero de 2004 –que enjuiciaba unos hechos consistentes en que dos acusados, desde la tienda de la madre de uno de ellos, manipularon el TPV que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad del «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.», vinculado a la cuenta corriente de la que era titular la citada madre y utilizando la tarjeta «Visa Electrón», titularidad de la acusada, efectuaron doce operaciones de compras y otras tantas de «abono por devolución de compra», por un importe que lograron así se ingresara en la cuenta de la acusada y posteriormente, con la tarjeta extrajeron dinero de un cajero y obtuvieron servicios en establecimientos– declaró que «al texto del artículo 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de “alguna manipulación informática” o de algún “artificio semejante”». La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Dicha sentencia calificó por tanto los hechos como estafa informática del artículo 248.2 CP añadiendo que dicho tipo penal «tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del artículo 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, «sin error...».

Por último la STS 185/2006, tras declarar que era claro que el delito de estafa genérico del artículo 248.1 no era aplicable al uso de la tarjeta en cajero, dado que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error y por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas –es obvio que no es «otro», como reclama el texto legal–, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave, disienta la posibilidad, en cambio, de

aplicar el tipo del artículo 248.2 para los casos de usos abusivos en cajeros automáticos, precisando: «sin embargo cabría pensar, sólo hipotéticamente –este segundo apartado no habría sido objeto de acusación– que el uso abusivo de tarjetas que permiten operar en un cajero automático, puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del artículo 248.2 CP, dado que tal uso abusivo constituye un “artificio semejante” o una manipulación informática, pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores...».

Esta postura es compartida por aquellos que consideran que en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que sí estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el password ante el sistema es tanto como identificarse.

La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre «la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», de fecha 28 de mayo de 2001», dispone en su artículo 3 que: «Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos, especialmente datos de identidad;
- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

De ahí –coincidimos con lo argumentado por el Ministerio Fiscal– se desprende que la identificación a través del número secreto o PIN es una de las conductas que enuncia la Decisión Marco entre las que caracterizan la manipulación informática.

La identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular y, por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el artículo 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva.

En definitiva, indentificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del artículo 248.2 CP.

Ahora esta interpretación, ciertamente problemática, el anteproyecto de 2006 de reforma del CP que modifica el artículo 248, alterando en buena medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2.º bajo la letra *c*) la modalidad de «los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular, con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado *c*) del número 2 del artículo 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en «cualquier clase» indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aun cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN.

Octavo.–Por último, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en el *factum*, apartado cuarto, se destaca cómo en el registro efectuado en su domicilio se ocuparon dentro de dos maletas, material para efectuar las oportunas clonaciones, ta-

les como lectores grabadores, tarjetas alteradas y clonadas y numeraciones, documentación alterada, cámaras, tarjetas electrónicas, tarjetas regalo de «El Corte Inglés» y software apropiado para la lectura y copiado de tarjetas de crédito, esta tenencia podría encajar en la estafa del apartado 3 del artículo 248, adicionado por LO 15/2003 («la misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo»), dado que el acusado poseía programas informáticos para la falsificación de tarjetas y para la comisión de estafas mediante su uso en comercios.

Del mismo modo resultaría absurdo que en casos de uso de las tarjetas originales o clonadas, tanto en cajeros como también en establecimientos comerciales, se sumaran los delitos de robo y de estafa, en la medida de que el ánimo de lucro se agota en un propósito continuado único, y en el relato fáctico expresamente se dice que el acusado junto con otros individuos que no han podido ser identificados hasta la fecha, formaban un grupo dedicado a la clonación de tarjetas de crédito y «su utilización fraudulenta con fines lucrativos», y a continuación se describe los dos procedimientos utilizados por el acusado: «skimming», para clonar tarjetas, cuyo «fin último de tales tarjetas falsificadas era realizar compras en establecimientos comerciales, utilizando al efecto la documentación alterada oportuna para identificarse como el titular de la tarjeta, y también para extraer dinero en cajeros de entidades de crédito», y el procedimiento de «siembra», en cuyo caso «las tarjetas obtenidas con tal procedimiento son utilizadas para extraer dinero de los cajeros». Y al acusado se le ocuparon tarjetas obtenidas mediante ambas modalidades, indicándose en el *factum* que los perjuicios acreditados mediante las tarjetas intervenidas lo fueron mediante el uso de las tarjetas en los cajeros.

Por ello, si de desdobra la calificación jurídica del uso de la tarjeta de modo que su uso en local comercial es constitutivo de estafa, pues se acepta doctrinal y jurisprudencialmente que la persona que habiéndose hecho con una tarjeta de la que no es titular, finge serlo en una operación presencial, consiguiendo de este modo, que el establecimiento le proporcione bienes o servicios, consuma un delito de estafa, pues provoca, presentando la tarjeta, una apariencia de crédito o de garantía de pago de la que realmente carece y provoca, de este modo, una disposición que ha de ser asumido por una persona jurídica que se comprometió a ello bajo presuposición de normalidad de uso, y su utilización en cajero es merecedor de la calificación de robo, nos hallaríamos ante dos delitos distintos en concurso, un robo con fuerza en las cosas en relación a los cajeros, y un delito de estafa en cuanto a su uso en establecimientos comerciales —en los hechos probados, apartado cuarto, se recoge cómo las tarjetas regalo de «El Corte Inglés» sirvieron para el clonado de diversas tarjetas, realizándose con siete de ellas operaciones ilícitas— y resultaría absurda y más grave para el acusado esta separación en dos delitos de lo que no es sino una única intención y manifestación delictiva de obtener metálico o efectos mediante las tarjetas, que merece la única respuesta punitiva de la estafa.

(Sentencia de 9 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 318 BIS

### *Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Alcance interpretativo de la inmigración clandestina*

Primero.—Los motivos de los recursos articulados respectivamente por cada uno de los acusados deberán ser resueltos conjuntamente, pues tanto los nueve formalizados por Abelardo, como los ocho que formula la acusada y condenada en la instancia

Eduarne, son sustancialmente idénticos en sus argumentos, que en la mayoría de las ocasiones se reproducen textualmente.

La única diferencia es el motivo 3.º de Abelardo, referido al delito de lesiones, que afecta exclusivamente a él y no a la coprocesada.

1. El primero de los motivos, se ampara en el artículo 849.1.º LECrim y estima aplicado indebidamente el artículo 318 bis.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal. Considera el censurante que no nos hallamos ante un supuesto de inmigración clandestina por diversas razones:

a) Cuando el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda celebrado el 13 de julio de 2006 adoptó el acuerdo de considerar constitutivo del delito de inmigración clandestina «el hecho de entrar en el país bajo la condición de turista con el propósito de permanecer allí trabajando, careciendo de permiso de trabajo y de residencia en España», el acuerdo se estaba refiriendo al artículo 313 CP y no al 318 bis del mismo cuerpo legal.

b) El bien jurídico protegido en el artículo 318 bis es el interés del Estado en mantener controlado el flujo migratorio para la protección de los derechos de los emigrantes y si eso es así no cabe pasar por alto que en los hechos no resulta ninguna falsificación de documento al viajar los afectados con un pasaporte legítimo, excluyendo cualquier intento de ocultar la identidad. Tampoco se utilizaron medios clandestinos para burlar los controles administrativos y su introducción en España fue a través de un autobús, medio regular de transporte.

c) Las ofendidas por el delito acudieron voluntariamente al país y no existe ninguna prueba de que los recurrentes tuvieran participación en el hecho, ya que ninguno intervino en la tramitación de la documentación que, por otra parte, era correcta y tampoco el recurrente Abelardo acompañó a las mujeres rumanas en su viaje a España.

2. La Sala de instancia analizó exhaustivamente los requisitos típicos de la conducta prevista en el artículo 318 bis y realizó un adecuado juicio de subsunción. Delimitó el concepto de emigración clandestina o contraria a las disposiciones que la Ley de Extranjería (LO núm. 4, de 11 de febrero de 2000) y demás normas modificadoras o de desarrollo (Reglamento) establecen, para concluir que su estancia en España era desconocida para las autoridades españolas, que nunca la habían autorizado y que, con fines fraudulentos (finalidades turísticas) y sin control del tiempo de permanencia y medios de vida, son dedicadas coactivamente al ejercicio de la prostitución.

A esos datos que fluyen del *factum* y a todos los demás que contribuyeron a perfilar el relato histórico sentencial nos debemos acomodar por constituir el referente de un posible error subsuntivo, dada la sumisión a los mismos impuesta por el artículo 884.3 LECrim. En ellos es indudable que se describe un delito del artículo 318 bis CP.

3. Por otra parte el concepto de emigración clandestina esbozado en el Pleno no jurisdiccional invocado por el recurrente es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en los artículos 313 y 318 bis e idéntica debe ser también su significación jurídica, además que la diferencia no se halla en la delimitación típica, sino en el sujeto pasivo, que en un caso es el trabajador y en el otro un ciudadano extranjero («persona» en general), sea o no trabajador. En la práctica la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del artículo 318 bis por Ley Orgánica número 11, de 29 de septiembre de 2003, se ha producido una derogación tácita del artículo 313.1.º CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, sí se precisa que sea un inmigrante y este término sólo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país.



Resulta más que oportuno reflejar la jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión que el propio Fiscal trae a colación, resolviendo casos semejantes al que nos ocupa.

Esta Sala ha dicho: «La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS de 28 de septiembre y de 22 de noviembre de 2005, y de 5 de junio de 2006). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 30 de diciembre de 2005, que afirma: «basta con que el ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo el verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución»; y la Sentencia de 20 de enero de 2005 que establece: «el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes».

4. En atención a lo expuesto, es patente que los argumentos del motivo no pueden merecer favorable acogida. Las ofendidas no vinieron a España voluntariamente, sino con voluntad viciada, engañadas por la acusada Edurne, en coordinación con el otro acusado. La primera de las mujeres introducidas ilegítimamente en el país era la compañera sentimental de aquél, y tanto ésta como la otra mujer también sujeto pasivo del delito fueron conducidas a España para su explotación, desconocían las finalidades de los recurrentes y aceptaron un trabajo legítimo dada la imperiosa necesidad de conseguir dinero, lo que las colocaba en situación de especial vulnerabilidad.

Por último, la falta de pruebas que acrediten la participación en los hechos, aducido como argumento exculpatario por el acusado, hace referencia al derecho a la presunción de inocencia que también formula en otro motivo, y será entonces cuando se trate la cuestión. De momento, y partiendo del intangible tenor de los hechos probados, la introducción en España con engaño de las dos ciudadanas rumanas con fines de explotación sexual lucrativa se realiza como consecuencia de un concierto con Edurne («quien actuaba de común acuerdo con el procesado» dice textualmente el *factum*), y todo ello después de una iniciativa de este último cerca de la víctima María Esther «ofreciéndole falsamente un puesto de trabajo como camarera de un bar que había adquirido en la localidad de Torreveja», según rezan los hechos probados.

(Sentencia de 10 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 325.1

*Delito contra el medio ambiente. Contaminación acústica. Autoría mediata. Una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*

Primero.—En el primer motivo del recurso se alega la insuficiente prueba de la autoría del recurrente, la relación causal y la imputación objetiva entre los ruidos constatados y las afecciones de algunos vecinos y del riesgo de grave perjuicio para la

salud de las personas. La misma cuestión se reitera en el segundo motivo desde la perspectiva del artículo 24.1 CE respecto de la prueba de sonométricas, afirmando que pudo ejercer el derecho de contradicción.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La cuestión de la prueba de la autoría carece de fundamento. En efecto, el recurrente sostiene en realidad que el delito es de propia mano y que sólo hubieran podido ser considerados autores los que operaban los aparatos de los que provenían los ruidos, es decir, el montacargas, el extractor, las persianas o los que producían el ruido de la actividad general del restaurante. Como tal es una cuestión que se debería haber planteado por el cauce del artículo 849.1.º LECrim.

Es claro que, aunque la categoría dogmática haya sido fuertemente cuestionada, el delito no es de los llamados de propia mano, es decir, de los que excluyen la posibilidad de coautoría y de autoría mediata. Lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador de los aparatos, sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben al titular de una organización respecto de los bienes ajenos que puedan ser lesionados. Por lo tanto, en la medida en la que el delito tiene un autor legalmente determinado que puede valerse de otros para el cumplimiento o para el incumplimiento de sus deberes, el recurrente es autor mediato del delito del artículo 325, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 CP.

2. En cuanto a la relación causal y la imputación objetiva el recurrente sostiene, en primer lugar, que la prueba de los ruidos se refiere a dos días (25 de marzo y 17 de septiembre de 2004) y sólo a los ruidos que se producían entre las 22 y las 23:10, pero que se ignora si los ruidos se mantenían después de esa hora y que «no cabe presumir contra el reo que los ruidos se prolongaban con la misma intensidad hasta las 24 horas o la madrugada y que volvían a empezar a las 6:30».

La prueba ha sido correctamente valorada. Es perfectamente acorde con las máximas de la experiencia que los ruidos propios de las máquinas y del público del restaurante que se hayan podido comprobar con diferencia de seis meses, ante la reconocida omisión, reconocida en el motivo tercero, de las medidas de insonorización, se deben producir todo el tiempo que dure la actividad.

En segundo lugar se alega que al no estar probado que los ruidos se prolongaran más allá de las 23:10 horas, no es posible considerar que «impedían a los perjudicados en horas nocturnas el descanso y sueño». Las mismas razones que acabamos de enunciar respecto del argumento anterior demuestran que la pretensión del recurrente no puede prosperar.

En tercer lugar se impugna la afirmación de la sentencia recurrida de que tampoco pueden ser tenidos por probados que dos de los denunciados se han visto afectados por un cuadro ansioso-depresivo que ha requerido tratamiento farmacológico y homeopático». La defensa sostiene que los informes médicos sólo afirman compatibilidad de esos cuadros clínicos con los ruidos producidos y que «compatibilidad no es causalidad». Como lo hemos decidido ya en la STS de 23 de abril de 1992, la prueba de la causalidad sólo puede ser cuestionada si se demuestra que existían otras causas que hubieran podido producir el resultado. Sin embargo, el recurrente no señala ninguna causalidad alternativa. Es por otra parte también sostenible con apoyo en la máximas de la experiencia, que una larga exposición a ruidos que perturban el sueño, en el presente caso por lo menos seis meses, puede dar lugar por sí misma a una lesión corporal, en la medida en la que por lesión se debe entender una perturbación sensible del bienestar corporal. La doctrina en este sentido no ha sido contradicha. El informe médico de los folios 46 y 47, que invoca el recurrente, es de dudosa fuerza de convicción. En efecto, sostiene que las personas exploradas presentan insomnio y nerviosismo, pero dice que no existe relación de causalidad entre el ruido y el insomnio y el

nerviosismo. La conclusión raya lo absurdo, pues es obvio que el ruido impide dormir y que el insomnio produce nerviosismo.

3. En cuanto a la prueba del riesgo para la salud de las personas, el recurso carece nuevamente de fundamento. En efecto es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Por lo demás, a pesar del anuncio referente a la imputación objetiva, nada se dice en el recurso sobre esta problemática.

4. También debe ser rechazada la afirmación de no haber podido contradecir la prueba del nivel de sonido, ratificada por los inspectores en el juicio, por no haber estado presente en la realización de la diligencia. Es evidente que esa prueba se contradecía demostrando la insonorización del local que los producía. Sin embargo, el recurrente alega que no encontró quién le garantizara un buen resultado de las obras. Tal circunstancia es jurídicamente irrelevante, pues la imposibilidad de realización de la obras no le hubiera acordado el derecho de obligar a sus vecinos a soportar sus ruidos.

(Sentencia de 27 de abril de 2007).

## ARTÍCULO 368

### *Delitos de posesión. Distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución en el delito de tráfico de drogas, en la modalidad de tenencia para el tráfico. Proposición. Conspiración*

Segundo.—En el octavo motivo del recurso, la defensa impugna la sentencia recurrida por estimar que el delito que se le imputa no ha llegado a ser consumado. La argumentación del recurso se basa en diversos precedentes de nuestra jurisprudencia. El motivo configura una unidad con el noveno, en el que estima que la pena impuesta es contraria al principio de proporcionalidad.

Ambos motivos deben ser parcialmente estimados.

1. El Tribunal *a quo* ha definido la conducta que atribuye al recurrente como el encargo de una cantidad de 500 gramos de cocaína, para su compra por un precio que pagó al procesado Augusto, «sin que dicha entrega llegara a ser hecha efectiva», toda vez que este último fue detenido por la Policía cuando iba en busca de la droga.

De todas las conductas mencionadas en el artículo 368 CP, configuradoras de diversas alternativas típicas cuyos elementos no son totalmente coincidentes, la única que entra aquí en consideración es la de tenencia de droga para el tráfico. Por lo tanto, la cuestión que se plantea en este recurso es la de si los actos realizados por el recurrente pueden ser considerados como el comienzo de ejecución de la tenencia de drogas para el tráfico. La alternativa típica de la tenencia se agota en la realización de la acción de tener la droga bajo el propio dominio. La jurisprudencia no exige una tenencia en sentido material, ni la producción de un resultado de peligro concreto. Se trata, de acuerdo con la doctrina y nuestros precedentes, de un delito de pura actividad. La doctrina más reciente ha considerado este tipo penal entre los que se denominan actualmente delitos de posesión, a los que se han dedicado no pocos trabajos críticos.

La caracterización de los actos de ejecución y su diferencia con los actos preparatorios en estos delitos ha sido siempre problemática. En especial, en un Derecho como el vigente, que mantiene la fórmula del principio de ejecución como límite mínimo de la punibilidad (art. 16 CP). Por lo tanto, la tentativa de la posesión requiere que el autor haya comenzado a poseer. Las dificultades para establecer el comienzo de ejecución, por lo tanto, no son pocas. En principio es posible sostener que el comienzo de la posesión tendrá lugar cuando el sujeto que quiere poseer tenga el objeto de la posesión «a la

mano» o en el momento en el que adquiera un poder de disposición sin necesidad de intermediaciones. La doctrina ha reconocido que, en verdad, esta figura es por sí misma un supuesto de avance de la protección penal de la salud pública, es decir, una penalización de actos preparatorios para el tráfico en sentido estricto. Respecto de estos delitos también se ha sostenido que admiten la distinción entre preparación y consumación y que «cuando el tipo del delito consumado penaliza una parte del suceso, que llega hasta un estadio de la preparación tan adelantado que, hacia adelante, sólo queda la voluntad de realización, una tentativa es imposible». Dicho de otra manera: cuando el tipo penal criminaliza como delito autónomo la preparación de otro delito, la preparación de esa preparación no debería ser considerada como un comienzo de ejecución. Nuestra STS de 9 de marzo de 1998, ya expresó las dificultades que existen para apreciar formas imperfectas de ejecución en los delitos de posesión.

La Audiencia ha considerado que el delito de tenencia de drogas para el tráfico es «de peligro abstracto y de consumación anticipada». La primera parte de esa afirmación es correcta: es un delito de peligro abstracto y como todos los de esta especie, un delito de actividad, pues lo peligroso es la conducta del autor que posee las drogas con el propósito de traficar con ellas.

Lo concerniente a la «consumación» anticipada es sin embargo erróneo, pues el delito se consume, como todos los delitos, con la realización de todos los elementos del tipo; en este caso con la tenencia de la droga. En el Derecho penal no existen las consumaciones anticipadas. Sólo hay casos en los que la ley avanza la punibilidad a los actos preparatorios, que es algo bien distinto. En realidad, lo que se quiere decir es algo obvio, carente de todo significado respecto del concepto de consumación: se trata de una criminalización en el ámbito previo de las acciones propias de tráfico que constituyen una de las restantes alternativas típicas del artículo 368 CP.

En el caso concreto que ahora consideramos, el recurrente no llegó a tener la droga a su disposición sin necesidad de acciones ajenas intermedias. No las tuvo «a la mano». Era necesario que el poseedor de la droga fuera a buscarla, la trajera al lugar en el que se encontraba el recurrente y la pusiera a su disposición. En este sentido se ha pronunciado también esta Sala en casos análogos en las SSTS de 18 de junio de 2002 y de 7 de febrero de 2007. Estos casos se diferencian de lo que ocurre en los de envío de paquetes postales, que quedan a la espera de la decisión del destinatario para su recogida, que decide cuándo se hace con él. El paquete postal está bajo su dominio, dado que la protección legal del mismo excluye a todo tercero y garantiza el dominio del receptor del mismo.

2. De todos modos, en el delito del tráfico de drogas el artículo 373, leído conjuntamente con el artículo 17 CP, son penalizados ciertos hechos previos al comienzo de ejecución, definidos como conspiración y proposición, en realidad, como nuevos delitos autónomos, en los que se percibe un doble avance de la punibilidad respecto del tráfico. La autonomía típica de estos delitos se deduce de que han sido previstos dentro de un sistema de *numerus clausus* (art. 17.3 CP). Ciertamente en la STS de 18 de junio de 2002 se hicieron consideraciones sobre la «dependencia» de la conspiración de otro delito. Tal dependencia, que en realidad debería ser caracterizada como simple relación, semejante a la que existe en otros tipos penales como el blanqueo de dinero o la receptación, no empece la independencia conceptual de los tipos legales de la conspiración y proposición.

a) El legislador ha definido la proposición como la invitación a otra u otras personas a ejecutar el delito que ha resuelto cometer. La proposición no debe ser entendida sin considerar la definición que de ella hace la ley. Por lo tanto, no toda proposición constituye una resolución manifestada. Sólo aquellas que reúnan los elementos del tipo legal de la proposición podrán ser consideradas como tales. De la sola formulación verbal se deduce que el autor de la proposición manifiesta a otro su reso-

lución de cometer un delito para incorporarlo como partícipe a la ejecución del propio plan. Se trata, por lo tanto, de una especie de tentativa de inducción, no dirigida a generar el dolo del autor, sino el dolo del partícipe (coautor, cooperador o cómplice).

En el presente caso, es nuevamente necesario partir de la alternativa típica de la tenencia para el tráfico. El recurrente pretendía adquirir droga para luego difundirla por sí mismo. El otro acusado, por su parte, ya había consumado su propio delito de tenencia para el tráfico. Desde esta perspectiva resulta claro, según el hecho probado, que el recurrente no tenía el propósito de incorporar a su plan al vendedor como partícipe en la tenencia para el tráfico, pues no pretendía tener la droga conjuntamente o con la cooperación para la tenencia del otro acusado. Brevemente: No obró con el propósito de inducirlo a participar en la tenencia de drogas para el tráfico y, consiguientemente, debe ser excluida la proposición.

b) Distinta es la cuestión vista desde la perspectiva del tipo de la conspiración. Ésta requiere el concierto para la ejecución de un delito (art. 17.1 CP). En ello se agota el contenido típico. Si bien en alguna ocasión se ha señalado como característica de la conspiración una «dinámica propia», es seguro que con esas expresiones no se ha querido indicar ninguna característica especial del tipo, dado que todos los delitos del Código Penal y de las leyes especiales tienen una dinámica propia. Tampoco es un «delito de pura intención», dado que requiere una exteriorización del contenido psicológico de los autores que tenga las características conceptuales de una acción, pues de lo contrario se infringiría el principio de que el pensamiento no delinque.

Pareciera que también en este caso se trataría de la realización conjunta de un mismo tipo penal. Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el Código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los artículos 27 ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas.

Esta calificación de la conducta del recurrente no altera la calificación del delito cometido por el otro recurrente. Es evidente que también éste ha tomado parte en la conspiración para distribuir droga, pero al haber consumado el delito del artículo 368 CP en su modalidad de tenencia de drogas para el tráfico, la conspiración para que otro distribuya la droga que él posee es un hecho posterior copenado (art. 8.3.º CP).

(Sentencia de 7 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 373

*Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas. Los actos preparatorios punibles no contemplan ni la tentativa del delito ni la participación en concepto de cómplice*

Segundo.—Por infracción de ley (art. 849.1.º LECrim) en el homónimo ordinal se estima indebidamente aplicado el artículo 368 CP y concordantes, al reputar que los hechos eran constitutivos de una tentativa de delito del artículo 373 y su intervención fue en concepto de cómplice.

1. La protesta halla su razón de ser en la insuficiencia fundamentadora en orden a la participación del recurrente en los hechos. Sostiene que nada tiene que ver con los organizadores, su actividad no se halla perfilada en la sentencia y la atribución de la condición de financiador no se sostiene al carecer de barco para recoger la droga, resultando en suma, la participación meramente presuntiva, lo que podía determinar la aplicación del artículo 373 CP.

2. El motivo carece de fundamento. Desde el punto de vista formal propugna o admite una condena por complicidad o por un delito en grado de tentativa, cuando el precepto que se invoca como infringido hace referencia a actos preparatorios, integrados por la provocación, conspiración o proposición para delinquir.

Pero aunque reputáramos que lo pretendido es una condena como conspirador del delito, una infracción delictiva de tendencia y tracto sucesivo como es la que nos ocupa (tráfico de drogas) ofrece graves dificultades para la estimación de formas imperfectas de ejecución.

En nuestro caso el delito estaba consumado, porque los vendedores de la droga (la otra parte contratante) ya habían remitido el objeto contractual hacia España, que viajaba con vocación de destino al recurrente y demás intervinientes en el hecho, disfrutando éstos de una posesión indirecta y del poder de disposición de la droga. El delito se halla consumado.

Respecto a su participación ya pusimos de relieve cómo, a través de la abundante prueba indiciaria, el acusado era el encargado de la recepción y distribución de la droga, aunque tal precisión se contenga con carácter cointegrador del *factum* en la fundamentación jurídica. Desde el respeto a los hechos probados de la sentencia y a sus complementos fácticos es incuestionable que el acusado es autor de un delito consumado de tráfico de drogas.

El motivo no puede merecer acogida.

(Sentencia de 4 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 400

### *Tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas de crédito*

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 400 del Código Penal.

Dicho precepto tipifica actos preparatorios consistentes en la fabricación, entre otros, de programas de ordenador, o en su tenencia, es decir que el sujeto los posea bien materialmente o a su disposición, con el fin de cometer alguno de los delitos comprendidos en los artículos 366 a 399, conociendo que los aparatos u objetos que fabrican o poseen sirven para falsificar moneda, o en este caso, tarjetas de crédito y que están destinados a esa ilícita actividad.

En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo, celebrado el 28 de junio de 2002, se tomó el acuerdo de que la incorporación a la «banda magnética» de uno de esos instrumentos de pago (tarjetas de crédito o de débito que el artículo 387 equipara a la moneda), de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal, esto es, como falsificación de moneda. Este Acuerdo ha sido recogido en reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 8 de julio de 2002.

La tenencia de útiles para la fabricación de tarjetas de crédito fraudulentas es precisamente la conducta que se atribuye al ahora recurrente, en cuanto era portador de un lector de bandas magnéticas en el que estaba integrado un «jack» con un micro interruptor interno que permite que los datos obtenidos sean transferido a un ordenador portátil, con la finalidad de obtener tarjetas de crédito en blanco, con el objeto de poderlas utilizar fraudulentamente en el tráfico mercantil y alcanzar así un beneficio ilícito.

Así se declara probado y ese relato que, dado el cauce procesal esgrimido, debe ser mantenido sin alteración alguna, se subsume en el artículo 400 del Código Penal, correctamente aplicado por el Tribunal de instancia.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 27 de abril de 2007).

## ARTÍCULO 403

*Delito de intrusismo. La prescripción de medicamentos, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica*

El primer motivo, por la vía del *error iuris* del artículo 841.1.º LECrim, denuncia como indebidamente inaplicado el artículo 403.1.º del Código Penal vigente, porque así lo solicitó expresamente la defensa como consta en el FJ segundo, apartado segundo *in fine*.

Se afirma en la argumentación del motivo que se está ante actos atípicos en la medida que el recurrente no se atribuyó la condición de médico, ni aplicaba el arte médico que se imparte en la Facultad de Medicina, concluyendo que «... el delito de intrusismo únicamente es concebible desde el momento en el que el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad o dolencia se afronta desde un método estrictamente científico-experimental propio del ámbito de la medicina ortodoxa o tradicional...».

Por ello, se dice, todas las prácticas de lo que ha venido a llamarse «medicina natural» o «medicina alternativa» que pueden caer bajo la rúbrica de «parasitaria» no pueden integrar el delito de intrusismo.

En el vigente Código Penal, en el capítulo V del título XVIII, se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los artículos 320 y 321 del Código Penal 1973. Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas –art. 402–, o privadas –art. 403–. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de «actos propios» de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el artículo 403, su precedente se encuentra en el artículo 321 del anterior Código Penal como ya se ha dicho que los incluía dentro del título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas «falsedades personales».

El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del Código Penal 1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título –de existir– ampa-



raría, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legítimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: a) el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptuar este delito como de peligro: «... peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita...» –STS de 20 de julio de 1993–; y b) protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión, como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas, debe prevalecer la primera en la medida de la superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.

A la hora de tipificar el intrusismo –siendo la primera vez que este término aparece en la rúbrica de un Código Penal–, el vigente Código Penal distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del artículo 637.

b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito «... que tantos problemas ocasiona...» en palabras de la STS de 28 de marzo de 2003, con cita de la de 12 de noviembre de 2001.

c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial, pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el artículo 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado.

La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto.

Por «acto propio» debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o

específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida –SSTS de 18 de mayo de 1979, 22 de abril de 1980, 27 de abril de 1989, 30 de abril de 1994 y 22 de enero de 2002–.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural, «actos propios», por lo que no se necesita una reiteración de actos, basta uno sólo; pero sí son varios los actos, no existe una continuidad delictiva sino un sólo delito de ejercicio de actos propios de una profesión, se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el artículo 368: «... los que ejecuten actos...» –SSTS de 29 de septiembre de 2000, de 12 de noviembre de 2001 y de 22 de enero de 2002–.

Desde esta doctrina pasamos a analizar la denuncia efectuada, que ya desde ahora anunciamos, no puede prosperar.

En primer lugar, dado el cauce casacional utilizado, hay que partir del riguroso respeto a los hechos probados.

En ellos se nos dice claramente que el recurrente:

- a) Prescribía procaína, epinefinidina, urbason y polaramide, medicamentos todos que son de obligada prescripción médica.
- b) Efectuaba diagnósticos médicos.
- c) Prescribía tratamientos, ciertamente singulares, como la extracción de todas o parte de las piezas dentarias, porque en ellas se encontraba el origen de todas las enfermedades que diagnosticaba a sus pacientes.

Es obvio que la prescripción de medicamentos, los que incluso tenía en su despacho, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica.

En la medida que el recurrente efectuó tales actos médicos sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico por el que ha sido condenado, del artículo 403.1.º del Código Penal.

La alegación de que se trata de medicina alternativa, situada extramuros de la medicina convencional que se enseña en las Universidades, debe ser tajantemente rechazada, no puede ser admitida.

Ciertamente que en relación al ejercicio de la acupuntura, a la medicina naturista o a la reflexoterapia o rayos láser en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de «medicina alternativa», denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiera título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico, tiene declarado esta Sala que no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elemento de los «actos propios» en el sentido antes citado –STS de 4 de julio de 1991–, pero ya se cuida la STS de 19 de junio de 1989 que «... si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada está incidiendo las funciones de la Medicina...», incurriendo su conducta en el artículo 321 del Código Penal de 1973, equivalente al actual 4031.º CP.

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho, no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: a) recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa,

b) efectuó diagnóstico y c) ordenó «tratamientos» y «terapias» acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendían en los términos expresados, actos todos que constituyen «actos propios» de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico —de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del artículo 403.2.º—, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la «especialidad» en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en base a esa confianza el paciente se pone —literalmente— en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente.

Se dieron todos los elementos del delito de intrusismo por el que ha sido condenado el recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de marzo de 2007).

## ARTÍCULO 556

### *Delito de resistencia a los agentes de la autoridad. Elementos. Diferencia con el artículo 468 del Código Penal*

Tercero.—Respecto a la infracción de ley, el Tribunal *a quo* rebajó la entidad cualitativa del delito por el que se le acusaba (delito de atentado), a la de resistencia a los agentes de la autoridad, que integra el tipo penal descrito en el artículo 556 del Código Penal. No se consideró, pues, por los jueces *a quibus*, una resistencia «activa» y «grave», o bien un acometimiento, que hubiera dado lugar al tipo objetivo descrito en el artículo 550 del Código Penal, sino una simple resistencia.

En realidad, de alguna manera existió tal acometimiento, al describir la Sala sentenciadora de instancia en el *factum* un empujón: «... empujando al agente de la autoridad...». Y ya hemos declarado que existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes. La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales (STS de 18 de marzo de 2000).

No es éste el planteamiento, sin embargo, del recurso, en tanto que únicamente ha recurrido el fallo de instancia, la representación procesal de la defensa.

Pero no existe duda que existió el tipo de resistencia, no grave, y tampoco activa, benévolamente calificado, en el caso enjuiciado, pues el acusado se encontraba detenido, y huyó del lugar de su detención, mediante un acto de empujón a uno de los agentes, marchándose hacia su casa. Igualmente hubiera podido ser calificado del quebrantamiento a que alude el artículo 468 del Código Penal, con idéntica penalidad, pero en este caso no se exige acto alguno de oposición de cualquier tipo al agente que custodia al detenido. Al producirse ésta, es correcta la calificación que llevó a cabo el

Tribunal de instancia, pues el acusado exteriorizó una resuelta oposición al cumplimiento de lo que en aquel momento demandaban los agentes policiales, al punto que huyó empujando al agente de la autoridad citado.

No se trata aquí, en modo alguno, de una huida inmediata al delito, que debe ser absorbida por éste, de modo que sólo se castigará en casos de resistencia a ser detenido (SSTS de 11 de marzo de 1976, 28 de enero de 1982 y 17 de septiembre de 1988), como ocurre en el caso de autos.

Y respecto al elemento intencional, o tipo subjetivo, puesto que la acción agresiva se ejecuta cuando el sujeto activo ya tiene conocimiento de la cualidad y actividad del sujeto pasivo, y de su condición de detenido y afecto a unas determinadas diligencias, es indiscutible que también se cumple el elemento subjetivo, integrado por el dolo –directo o indirecto– de ofender o desconocer el principio de autoridad, que «va insito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido» (STS de 7 de mayo de 1988), entendiéndose que quien agrede conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado» (STS de 31 de mayo de 1988, con cita de otras), matizándose que «la presencia de un *animus* o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS de 3 de marzo de 1994; lo mismo en SSTS de 27 de abril de 1995 y de 15 de febrero de 2001). También la Sala Segunda ha declarado que tal ánimo se presume (SSTS de 16 de junio de 1989, 12 de septiembre de 1991 y 19 de noviembre de 1992) y que «el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa» (STS de 9 de junio de 1990), sin que se requiera «una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción» (STS de 22 de febrero de 1991). No obstante, puede excluirse tal ánimo cuando existan datos objetivos «que acrediten o al menos permitan conjeturar que el agente, al proceder como lo hizo, no tuvo la intención de atentar o desprestigiar el principio de autoridad, sino que actuaba por razones estrictamente personales u otras totalmente ajenas a la función pública o a la condición profesional de la víctima» (STS de 15 de septiembre de 1989), o sea, «que se prueba la existencia de un móvil divergente, que, por su entidad, vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito» (STS de 4 de julio de 1991), circunstancias estas últimas que son ajenas al supuesto actual.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 18 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 564.2.1

### *La cualificación de borrados de marcas de fábrica o número de serie en el delito de tenencia ilícita de armas*

Cuarto.–En el motivo quinto y último, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, estima indebidamente aplicada la cualificación en el delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.2.1.º.

1. La causa de la protesta se halla en la no motivación de las razones por las cuales el acusado es considerado autor del borrado del número de identificación de la carabina intervenida o dando por supuesto que la adquirió a sabiendas de dicha circunstancia.

Tal vacío en la motivación lo considera incompatible con el principio de culpabilidad, atribuyéndole una conducta que no se acredita haya realizado, habida cuenta de que el hecho de la cualificación debe ser abarcado por la conciencia y voluntad del poseedor del arma a la que se ha borrado la numeración.

2. Al recurrente no le asiste razón, porque el tipo del artículo 564.2.1 CP no consiste en borrar las marcas de fábrica o número, ni en adquirir el arma a sabiendas de su borrado, sino en la tenencia de las armas que tienen borradas tales marcas o número. Ciertamente la voluntad del autor deberá abarcar tal circunstancia, lo que se cumple cuando se posee el arma con conocimiento de la alteración. En el presente caso el conocimiento está perfectamente acreditado en base a las siguientes circunstancias indiciarias, todas ellas probadas, como certeramente apunta el Fiscal:

*a)* Luis Pablo ha sido soldado de la Legión española, sabe manejar armas de fuego, conoce su funcionamiento y en el ejército pertenecía al cuerpo de fusileros como francotirador selecto.

*b)* La posesión del arma no fue instantánea, constreñida al momento de cometer los disparos, sino más prolongada en el tiempo, como demuestra el hecho de ser hallada en el automóvil que usaba el acusado y que en la culata de la carabina estuvieran grabadas las iniciales del mismo: YUM (foto 38 al folio 68).

*c)* Los números del arma están en lugar accesible y su borrado es fácilmente observable (foto 39 al folio 69).

Con estas premisas, la inferencia del conocimiento de un hecho visible, por un experto en armas, surge de forma natural, por lo que de ninguna forma se puede negar la asunción por parte del condenado de este elemento agravatorio del tipo penal, debiendo decaer, al igual que los anteriores, este motivo del recurso.

(Sentencia de 18 de mayo de 2007).

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## Circulares

### CIRCULAR 1/2007, SOBRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS TRAS LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES DE 2006

#### INTRODUCCIÓN

Transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), se ha producido la primera reforma en profundidad del sistema de justicia juvenil en España, tras la aprobación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

El gran calado de la referida reforma, unido a la experiencia aplicativa acumulada a lo largo de estos años, exige el dictado de una nueva Circular, que manteniendo en lo no expresamente incompatible los criterios sentados en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000* aborde la exégesis de la nueva regulación y, en lo necesario, se introduzcan pautas interpretativas adicionales. La necesidad de una nueva toma de posición de la Fiscalía General del Estado en relación con la responsabilidad penal de los menores deriva, no sólo de la reseñada reforma 8/2006, sino también de la anterior modificación operada por LO 15/2003 así como de la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley, regulado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Atendiendo las circunstancias expuestas, el Fiscal de Sala Delegado de Menores, tras oír las sugerencias de las Secciones de Menores de las Fiscalías territoriales, y de conformidad con las previsiones de la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre instrumentación efectiva del principio de unidad de actuación*, propuso la elaboración de una Circular que sentase una interpretación uniforme sobre tales novedades.

Algunas cuestiones que la reforma introduce son de tal relevancia que quizás exigirían de un *spatium deliberandi* más prolongado en el tiempo. No obstante, la necesidad de dotar de pautas unificadas de actuación a las Secciones de Menores de las Fiscalías obliga al sacrificio de tales períodos extendidos de reflexión, sin perjuicio de que las experiencias aplicativas que vayan acumulándose a partir del dictado de la presente Circular puedan justificar en el futuro un replanteamiento de los criterios en ella acuñados, y a salvo la siempre enriquecedora facultad de las Fiscalías de elevar consultas que hagan avanzar en el objetivo de lograr pautas exegéticas sólidas y unificadas.

La Fiscalía General del Estado ha considerado prioritario lograr una interpretación uniforme y adecuada de la legislación penal de menores, lo que se refleja en la

profusa doctrina emanada de la misma. El protagonismo absoluto del Fiscal en el sistema de Justicia Juvenil y la índole de los intereses en juego exige más que en ninguna otra área un armónico y ordenado cumplimiento del principio de unidad de actuación. En efecto, además de la referida Circular, –y sin necesidad de retrotraernos a fechas anteriores a la publicación de la LORPM– debe reseñarse la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000*, la Instrucción 1/2000, de 26 de diciembre, *sobre la necesaria acomodación a la LORPM de la situación personal de los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva*, la Circular 2/2001, de 28 de junio, *sobre incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre en el ámbito de la jurisdicción de menores*, la Consulta 1/2002, de 24 de octubre, *sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000*, la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, la Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía*, la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, la Consulta 2/2005, de 12 de julio *sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente*, y la Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores*.

Tras la publicación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre se dictó la Instrucción núm. 5/2006, de 20 de diciembre, *sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la Ley Orgánica 8/2006*, cuyos criterios han sido asumidos por la STS de 4 de junio de 2007.

También dedican apartados específicos a aspectos relacionados con la posición del Fiscal ante el proceso penal de menores la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, la Instrucción 2/2006, 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* y la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE*.

A la hora de abordar los múltiples temas que se plantean, debe partirse de algunos ejes básicos.

Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el papel estelar que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada.

Por otro lado, se introducen importantes modificaciones en la regulación de las medidas, orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del Juez. Se concretan en este punto las pautas contenidas en la disposición adicional sexta introducida en la LORPM por la LO 15/2003.

Finalmente, –y ello va a exigir un esfuerzo interpretativo importante– se modifica radicalmente el tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones bien que combinado con el mantenimiento aunque funcionalmente restringido– de la pieza de responsabilidad civil.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006, según el sentir mayoritario de las Secciones de Menores de las Fiscalías, expresado en la Memoria de la Fiscalía



General del Estado de 2007, contiene ciertos logros como son la mayor información y protección a las víctimas y perjudicados (art. 4), el nuevo catálogo de medidas imponibles por faltas (art. 9.1), el nuevo sistema de designación de Letrado en la Fiscalía (art. 22.2), una mejor regulación de las medidas, sus reglas de determinación y duración (en especial, el supuesto de pluralidad de infracciones, arts. 7, 9, 10, 11, 12 y 47), el tratamiento de los mayores de edad (art. 14), la ampliación del plazo máximo de duración de las medidas cautelares (art. 28), el nuevo régimen de responsabilidad civil (art. 64) o la nueva regulación del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42).

## I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y DE LOS PERJUDICADOS

### I.1 Cuestiones generales

Ya la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 destaca que se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses.

A tales efectos, el artículo 4, de nueva planta, se dedica a concretar esta declaración de intenciones, a lo largo de seis párrafos. Los párrafos tercero, cuarto y sexto abordan el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la acción civil, y serán objeto de análisis en los epígrafes correspondientes.

El párrafo primero dispone que el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

Claramente quiere realzar el legislador el papel institucional no solo del Fiscal –ya establecido en el artículo 3.10 EOMF– sino también del Juez como valedores de los derechos de la víctima.

El párrafo segundo declara que de manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

No cabe aquí sino hacer una remisión a la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre protección de víctimas, plenamente aplicable *mutatis mutandis* al proceso penal de menores, en especial a la Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual y a la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

El párrafo quinto estipula que el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En todo caso, las resoluciones dictadas en fase de Diligencias Preliminares, básicamente las de archivo de la denuncia (art. 16.2) y las de desistimiento (art. 18) habrán de ser notificadas por el Fiscal, pues el Juzgado no tiene conocimiento de las mismas.

Una vez abierta la instrucción mediante el dictado del Decreto de incoación del expediente, mientras las actuaciones se encuentren en Fiscalía, los Sres. Fiscales habrán de remitir copia de las resoluciones a notificar al secretario judicial, a fin de que por éste se cumplieren las notificaciones previstas en el transcrito párrafo quinto del artículo 4 LORPM. Entre las resoluciones a notificar debe entenderse comprendido el Decreto de incoación del expediente.

También habrá de notificarse la decisión sobre admisión o inadmisión de diligencias de investigación y las decisiones que supongan variación sustancial del curso del procedimiento, en ambos casos cuando se estime puedan afectar a los intereses de víctimas y perjudicados.

Remitido el expediente al Juzgado de Menores, habrá de ser éste, a través del secretario, quien dé cumplimiento a la obligación de notificar a las víctimas. Los Sres. Fiscales, en su función de protección de las mismas, deberán procurar que se cumplan efectivamente las previsiones legales sobre notificaciones.

También deben ser notificadas por el Juzgado las resoluciones que aún recayendo durante la instrucción, hayan sido dictadas por el mismo (básicamente las relativas a medidas cautelares).

Las experiencias de las Secciones de Menores reflejadas en las Memorias de la Fiscalía General del Estado imponen una reflexión: deben en todo caso evitarse duplicidades en las notificaciones. Lo que realmente persigue el Legislador es asegurar que las resoluciones a comunicar lleguen a serlo efectivamente, implicando para ello a todos los operadores del sistema.

En este contexto, debe recordarse que en otras dos ocasiones se prevén notificaciones al perjudicado: el artículo 22.3 dispone que el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de menores en la pieza de responsabilidad civil, mientras que por su parte el artículo 64.1 establece que el Juez ordenará abrir pieza separada, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la pieza separada y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción. Para evitar duplicidades, habrá de entenderse que la notificación del artículo 22.3 no será necesaria como tal notificación autónoma, cuando se haya dado cumplimiento al ofrecimiento de acciones a víctimas y perjudicados previsto en el párrafo tercero del artículo 4 LORPM, canalizándose a través del secretario del Juzgado.

Debe también evitarse que al perjudicado no personado (y que por tanto no ha querido hacer uso de la facultad que se le reconoce para ser parte) se le notifiquen resoluciones distintas de aquellas que siendo sustanciales puedan afectarles a la esfera de sus intereses jurídicos, conforme a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 4 LORPM.

## **I.2 La nueva posición de la acusación particular**

La regulación de la acusación particular ha sufrido escasas modificaciones, al menos en sus aspectos esenciales. De hecho, el artículo 25 LORPM, dedicado íntegramente a esta parte procesal, se mantiene incólume en la redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La reforma 8/2006 prácticamente se limita a retocar el articulado para aclarar las facultades que se reconocen a la acusación particular a lo largo del iter procedimental, colmando las omisiones en que incurrió la reforma 15/2003, que no tuvo en cuenta que el complejo engranaje de la Ley exigía su reajuste global una vez modificada una de las piezas del sistema. En realidad, las clarificaciones que expresamente introduce la LO 8/2006 podían deducirse sin grandes dificultades por vía interpretativa, a través del texto del artículo 25 LORPM.

En este sentido pueden consignarse las aclaraciones relativas a la habilitación de la acusación particular para tener vista del expediente (art. 23.2), para interesar el secreto de las actuaciones (art. 24), para solicitar en fase de instrucción diligencias (art. 26), para

formular escrito de alegaciones (art. 31), para participar en el debate preliminar (art. 37.1), y para informar oralmente tras la práctica de la prueba (art. 37.2).

Por contra el Legislador de 2006 no ha tratado tres cuestiones no abordadas expresamente por la reforma 15/2003 y no susceptibles de integrarse con claridad a través de lo dispuesto en el artículo 25 LORPM: los requisitos de postulación exigibles, el ámbito objetivo en el que se permite ejercer la acusación particular y el acceso a los informes emitidos por el Equipo Técnico.

En cuanto a los requisitos para la personación del ofendido como acusación particular, si bien deberá necesariamente actuar asistido por Letrado, no habrá de entenderse imprescindible que confiera la representación a un Procurador, teniendo en cuenta la mención expresa al primero y la correlativa omisión de cualquier referencia al segundo en el párrafo tercero del artículo 4 LORPM.

Conviene aquí recordar que conforme a la reseñada Consulta 4/2005 la exigencia de especialización que se impone a los abogados estará en todo caso subordinada al derecho a la libre elección de Letrado, lo que en definitiva supone que ningún obstáculo existirá para que la defensa del menor la asuma por elección de éste, asistido de sus representantes, cualquier abogado colegiado aun cuando no pueda acreditar especialización en menores. Idéntico principio habrá de aplicarse a la elección de Letrado como director de la acusación particular regulada en el artículo 25 LORPM.

Respecto al ámbito objetivo al que se extiende la acusación particular, también debe hacerse una puntualización. En el sistema originario de la Ley las restricciones eran notables: sólo cabía en relación con hechos tipificados como delitos, atribuidos a personas de dieciséis años en adelante y para hechos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. Tras la reforma 15/2003 caen las restricciones, pudiendo personarse el ofendido como acusación particular en toda clase de delitos y sea cual sea la edad del menor infractor. No obstante la mención del artículo 25 a que podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito llevó a considerar a *contrario sensu*, que no cabía la personación respecto de las faltas.

Pues bien, tras la reforma 8/2006 debe entenderse que tal restricción ya no es defendible, a la vista del nuevo artículo 4, que en su párrafo tercero reconoce el derecho de víctimas y perjudicados a personarse en el expediente que se incoe al efecto. Consiguientemente, la referencia al expediente *in genere*, sin distinguir si el mismo se incoa por delito o por falta, debe llevar a la conclusión de que es admisible la personación del ofendido en todo caso, conforme al *brocardo ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

En cuanto a la posibilidad de acceso a los informes del Equipo Técnico, tras la reforma 15/2003 se suscitaron dudas.

Las tesis favorables al acceso tenían un poderoso argumento a la vista de la expresa habilitación de la acusación particular para interesar la imposición al menor de medidas en concreto [art. 25 b)] y conforme a la obligación de atender para la elección de la medida o medidas adecuadas especialmente a la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto en los informes de los equipos técnicos (art. 7.3), factores ambos cuya confluencia conducía a la conclusión apuntada. Esta interpretación se refuerza aún más si cabe por la nueva previsión incorporada tras la reforma 8/2006 al artículo 35 LORPM. En efecto, el nuevo apartado tercero de este precepto dispone que quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar. De esta nueva

disposición claramente cabe colegir que el Legislador, partiendo de que la acusación particular va a acceder a todo el expediente, incluido el informe del Equipo Técnico, quiere introducir una cautela adicional y un reforzamiento del deber de reserva para evitar lesiones a la intimidad del menor sometido a expediente y de sus familiares, teniendo en cuenta que el informe del Equipo Técnico disecciona estos sensibles ámbitos de la privacidad. Se incorpora pues expresamente el secreto externo de las actuaciones practicadas en el expediente de menores.

En todo caso, aunque la acusación particular tiene derecho a acceder al informe del Equipo, a tales efectos habrá de solicitar que se le dé vista, pues la remisión de oficio del mismo por parte del Fiscal una vez elaborado sólo se prevé en relación con el Juzgado de Menores y el Letrado del Menor, conforme al artículo 27.5 LORPM.

En lo que hace a la legitimación de la acusación particular para interesar la adopción de medidas cautelares, tras la reforma 8/2006 la Ley zanja la cuestión en relación con la medida de internamiento al disponerse expresamente en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 28 que el Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular reconociendo pues, la plena legitimación de ésta a tales efectos.

Mas dudas se plantean en cuanto a la legitimación de la acusación particular para promover la adopción de otras medidas cautelares. Los interrogantes traen causa en la previsión general del apartado primero del artículo 28, conforme al que el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.

De la contraposición de este apartado primero dedicado a las medidas cautelares en general y del apartado segundo, dedicado específicamente a la medida de internamiento, siguiendo una interpretación literal podría llegarse a la conclusión de que la acusación particular con carácter general carece de legitimación para interesar medidas cautelares directamente del Juez, pudiendo únicamente proponer al Fiscal que las solicite, disponiendo de legitimación por excepción para promover el internamiento.

Sin embargo, una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal de este precepto –cuya desarmonía con el apartado segundo trae causa en los avatares parlamentarios– y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares. En efecto, si se reconoce expresamente a ésta legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida mas intrusiva, sería absurdo negárselo para proponer medidas menos invasivas, representándose aún con mas intensidad la sinrazón de la exégesis literal si se repara en que de seguirse se negaría legitimación al ofendido para impetrar la medida cautelar creada específicamente para su protección, esto es, la medida de alejamiento.

Esta afirmación general debe ser a su vez objeto de una matización: a la vista de los taxativos términos utilizados por el Legislador y teniendo en cuenta que se trata de una facultad excepcional, en tanto derogadora de la regla general, habrá de entenderse que una vez agotados los seis meses ordinarios de duración de la medida cautelar de internamiento sólo cabrá adoptar la prórroga a instancias del Ministerio Fiscal, decayendo a tales efectos la legitimación de la acusación particular. El apartado tercero del artículo 28 claramente refiere que la medida cautelar de internamiento podrá prorrogarse pero a instancia del Ministerio Fiscal. Este matiz más restrictivo en la prórroga del internamiento cautelar de menores es por lo demás plenamente ajustado a las directrices sugeridas al respecto por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

A fortiori, cabe subrayar cómo expresamente la enmienda núm. 168 presentada en el Congreso durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley trató de que se reconociera legitimación a la acusación particular para interesar la prórroga del

internamiento. La no aprobación de dicha enmienda revela inequívocamente que la *voluntas legislatoris* era contraria al reconocimiento de tal legitimación.

Debe por último tenerse presente que tras la reforma 15/2003, con la introducción de una acusación particular con plenos derechos procesales, es técnicamente posible que llegue a convocarse audiencia aun contrariando la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, si la acusación particular formula alegaciones. Para el caso de ocurrir esta eventualidad, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

## II. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS

### II.1 Internamiento en régimen semiabierto

En la redacción original de la LORPM el internamiento semiabierto tenía una configuración predeterminada: las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

La nueva letra *b*) del artículo 7.1 LORPM, tras la reforma, configura esta medida de una manera radicalmente distinta. El nuevo precepto dispone que las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

Por tanto, ahora, la medida es susceptible de modulaciones profundas en su concreto régimen de ejecución, permitiendo su adaptación a la evolución del menor y posibilitando en cierta medida progresiones y regresiones.

Las regresiones, que supondrían la suspensión de actividades fuera del centro exigirán en todo caso una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1 *b*) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal, conforme al artículo 44.1 LORPM y habrá igualmente de oírse al menor afectado, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse si la evolución justifica esa ulterior suspensión, que de nuevo exigirá en todo caso la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse conforme al argumento *a maiori ad minus* que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión.

En todo caso, las cuestiones relativas a permisos y salidas de fines de semana seguirán regulándose por las disposiciones reglamentarias previstas para el internamiento semiabierto.

### II.2 Alejamiento

La reforma de 2006 incorpora una nueva medida al catálogo general. En efecto, la letra *i* regula la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Por lo que respecta a su contenido esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

La Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de esta medida por medio de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

Deben analizarse varias cuestiones en relación con el ámbito objetivo, el ámbito subjetivo y el contenido de la medida.

En cuanto al ámbito objetivo, la medida puede imponerse tanto frente a hechos constitutivos de delito, como frente a hechos constitutivos de falta, si bien en este último supuesto la duración de la misma no podrá exceder de seis meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 LORPM.

No existen otros límites objetivos para su imposición, derivados del nomen o naturaleza del delito o falta cometido. Habrá no obstante de tenerse en cuenta el listado de delitos a los que conforme al artículo 57 CP es aplicable la pena homónima, de acuerdo con la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final 1.ª LORPM. Recordemos que este precepto se refiere a delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente y que dentro de la parte especial, el artículo 578 prevé también la posibilidad de imponer esta medida para delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas. Como regla general, pues, la medida solo podrá imponerse frente a estos delitos y frente a las correlativas faltas.

En lo tocante al ámbito subjetivo, la flexibilidad es la nota distintiva: la medida puede imponerse con relación a la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta gran amplitud debe entenderse acotada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un *periculum* en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

En cuanto a los contenidos de la medida, conforme al artículo 7.1 i) puede consistir en la prohibición de acercamiento y en la prohibición de comunicación. La primera modalidad implica impedir al menor acercarse a las personas determinadas en la sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos.

La segunda modalidad supone impedir al menor establecer con las personas pre-determinadas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

A la hora de imponer la medida pueden modularse sus contenidos, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

No se contempla como contenido de esta medida una de las posibilidades de la pena homónima. En efecto, el artículo 48 CP recoge como una de las modalidades de alejamiento la privación del derecho a residir en determinados lugares.

No obstante, si por las concretas circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, adoptando una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, pues expresamente se prevén como posibles reglas de conducta la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos (art. 7.1 h 3.<sup>a</sup>), la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa (art. 7.1 h 4.<sup>a</sup>), la obligación de residir en un lugar determinado (art. 7.1 h 5.<sup>a</sup>), la obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas (art. 7.1 h 6.<sup>a</sup>) y cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (art. 7.1 h 7.<sup>a</sup>).

En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello habrá de darse debido cumplimiento al inciso previsto tanto para el alejamiento como para la libertad vigilada, conforme al que si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

A este respecto, los Sres. Fiscales deben tener presente que sus obligaciones no se ciñen a la mera remisión del testimonio, sino que conforme al artículo 174 CC incumbirá también al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que como consecuencia de la remisión del testimonio pueda constituirse. Esta superior vigilancia se ejercerá, no desde las actuaciones penales sino a través del expediente de protección que se aperture. La remisión del testimonio habrá de realizarse lógicamente antes del inicio de la ejecución de la medida, o, en caso necesario, simultáneamente a su inicio, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia.

Cuando las circunstancias del caso lo requieran, los Sres. Fiscales ordenarán a la Policía Judicial el traslado del menor respecto del que se ha acordado el alejamiento (ya en su modalidad cautelar, ya en su variedad de medida imponible en sentencia) al Centro de Acogida inmediata que proceda, remitiendo simultáneamente el correspondiente testimonio a la Entidad Pública de Protección de Menores para que con arreglo a sus competencias, decida la medida de protección precedente.

Si el alejamiento supone la prohibición de acercarse al centro educativo donde el menor cursa sus estudios, los Sres. Fiscales interesarán que el Juzgado remita el correspondiente testimonio a la Delegación de Educación competente a los efectos de que arbitre las medidas que procedan para escolarizar en su caso al menor.

Por último, cuando además de la dimensión protectora de la víctima sea preciso que la medida tenga un contenido educativo, será preferible optar por articular la petición del alejamiento como regla de conducta en el marco de una medida de libertad vigilada. Su configuración como regla de conducta vinculada a la libertad vigilada permite captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues como tal regla de conducta gira en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que se incluyen las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento (arts. 7.1 h LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley).

También podrá optarse para proyectar esa necesaria dimensión educativa de la resuelta desde el sistema de Justicia Juvenil por aplicar de manera conjunta con el alejamiento otra medida de distinta naturaleza, conforme al nuevo artículo 7.4 LORPM.



De hecho, habrán de considerarse excepcionales los supuestos en que se imponga únicamente una medida de alejamiento como consecuencia de la infracción cometida por el menor, pues si un principio básico del Derecho Penal de Menores es el de la necesidad de que la respuesta sea educativo-sancionadora, la imposición del alejamiento *sic et simpliciter* supondría su quebrantamiento, pues el alejamiento en sí carece de sustrato educativo.

Aunque separándose del sistema del Código Penal el alejamiento en el proceso penal de menores no se configura como pena accesoria a otra principal (*rectius*, a un determinado grupo de delitos), antológicamente mantiene tal carácter, por lo que como pauta general –al menos cuando se impute al menor un delito– cuando se considere conveniente solicitar un alejamiento, habrá de interesarse siempre desde el respeto al principio de proporcionalidad en sentido positivo, otra medida con contenido educativo.

Desde el punto de vista del control material de la medida, habrá de tenerse en cuenta que si lo acordado es un alejamiento puro, es decir, no integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, deberá el Juez oficiar a efectos de su control a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que sea necesario –dada la ausencia de contenido educativo de la medida– requerir a la Comunidad Autónoma para que lleve a efecto su ejecución y control.

### II.3 Prestaciones en beneficio de la comunidad

La definición de esta medida sufre una significativa modificación. Tras la reforma 8/2006 se mantiene en el artículo 7.1 *k* que la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Sin embargo, se suprime el inciso último que aparecía en la redacción original y que disponía que se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

Esta modificación no aparecía en el texto del Anteproyecto, no habiéndose por tanto valorado ni por el Consejo Fiscal ni por el CGPJ en sus respectivos informes. Parece que la intención del legislador –como se desprende de la justificación esgrimida por la enmienda núm. 10 presentada en el Congreso y que propuso la supresión del inciso último– es no cerrar anticipadamente posibilidades ejecutivas de esta medida. No obstante, no está de más recordar que el inciso original apuntaba más a un criterio rector o fuente inspirativa que a un imperativo rígido. Por lo demás, tal disposición fue objeto de loas doctrinales, en tanto podía tener un gran potencial educativo.

De hecho, este inciso ahora suprimido fue fuente de inspiración para la reforma del CP operada por LO 15/2003, de modo que como se consideraba en la Circular 2/2004, la reforma profundiza en la esencia rehabilitadora de esta pena, al prever que la actividad que realice el penado esté en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por él.

En todo caso, el cambio no ha de suponer una revisión profunda de los criterios aplicativos, pues el Reglamento de ejecución de la LORPM continúa apuntando hacia esa preferencia por la relación de las actividades con el bien jurídico lesionado.

Por todo ello, los Sres. Fiscales, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán como regla general que las prestaciones continúen teniendo preferentemente conexión con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar durante la ejecución el proceso reflexivo del menor.

### III. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

El Anteproyecto del que trae causa la reforma 8/2006 proponía una profunda modificación de la regla general de determinación de las medidas, contenida en el artículo 7.3 LORPM. La modificación apuntaba hacia un acercamiento a las reglas de determinación de la pena tradicionales, dando un mayor peso específico al grado de ejecución, circunstancias modificativas y al tipo de delito cometido. El informe del Consejo Fiscal fue crítico con tal orientación, calando en el prelegislador las sugerencias formuladas, de manera que en el Proyecto de Ley y finalmente en la LO 8/2006, se siguió el criterio de mantener básicamente las originarias reglas de determinación de las medidas, por lo que las pautas, conforme a los principios inspiradores de la LORPM, habrán de continuar siendo esencialmente dúctiles, y por tanto, para la elección de la medida o medidas adecuadas y también para la fijación de su quantum se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos.

Como decantación del espíritu de la Ley, plasmado a lo largo de su articulado y de su Exposición de Motivos e incorporado a los principales instrumentos internacionales en la materia, podría extraerse un principio general en favor de la flexibilidad a la hora de seleccionar cualitativa y cuantitativamente la respuesta sancionadora educativa en cada caso. A través de ese principio, las dudas interpretativas que pudieran surgir, derivadas de las excepciones puntuales a la regla general que pueden encontrarse en algunos preceptos de la LORPM habrían de solucionarse conforme a la regla que podría formularse como *in dubio pro flexibile*.

Como consecuencia de la enorme flexibilidad y discrecionalidad inherente al sistema de Justicia Juvenil, el propio artículo 7.3 subraya la necesidad cualificada de motivar las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma. Aunque la *instructio* va dirigida específicamente al Juzgador, también los Sres. Fiscales habrán de cuidar que en sus alegaciones y en sus informes se explique y razone suficientemente el fundamento de sus peticiones. Debe aquí hacerse un recordatorio sobre la plena vigencia para el ámbito de menores de los criterios sentados en la instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

#### III.1 Posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho

La reforma 8/2006 aborda una materia que por no estar expresamente regulada en la redacción original de la LORPM motivó dudas interpretativas. Se trata de la cuestión de si por un mismo hecho puede imponerse más de una medida y si, a la inversa, en los expedientes en los que se conozcan de varios hechos imputados al menor ha de imponerse una medida por cada uno de ellos.

El nuevo apartado cuarto del artículo 7 dispone que el Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos.

Por tanto, se opta, coherentemente con la filosofía subyacente en el sistema, por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse una sola medida por varios hechos y más de una medida por un solo hecho. Esto último debe entenderse siempre lógicamente con respeto al principio de proporcionalidad en sentido posi-

tivo, conforme al que no pueden anudarse a hechos leves respuestas sancionadoras graves.

Esta nueva posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho es concorde con el principio 18 de las Reglas de Beijing, que permite imponer varias medidas siempre que sea en interés del menor y sean complementarias entre ellas. Estos dos parámetros –junto al respeto a la proporcionalidad– habrán de ser los criterios que inspiren a los Sres. Fiscales a la hora de optar por hacer uso de esta habilitación legal.

La aclaración del último inciso de este precepto es una derivación de la lógica del sistema de determinación de las medidas, en tanto presidido por la flexibilidad: en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase.

Por tanto, cabrá imponer varias medidas de distinta clase por un solo hecho y una sola medida por varios hechos, pero no podrán imponerse varias medidas de la misma clase ni cuando se condene por la comisión de un hecho ni cuando se condene por varios.

Consiguientemente los Sres. Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.-5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, que consideró –con sólidos asideros a la vista del Derecho entonces vigente– que no cabía imponer más de una medida por un solo hecho.

### III.2 Medidas imponibles por la comisión de faltas

El apartado primero del artículo 9 LORPM incrementa las posibilidades de intervención frente a hechos constitutivos de falta: se amplían las medidas imponibles, incluyendo las de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

Se da respuesta a una denuncia reiteradamente formulada desde las Fiscalías, que hacían notar cómo el catálogo de medidas que inicialmente preveía la LORPM como reacción ante las faltas era notoriamente insuficiente.

Debe plantearse si, a la vista del catálogo de medidas aplicables a hechos constitutivos de falta –aunque ampliado, cerrado– cabría en estos supuestos aplicar las medidas previstas para casos de inimputabilidad, esto es, el internamiento terapéutico en sus distintas modalidades o el tratamiento terapéutico. La respuesta debe ser distinta para cada caso. En cuanto al internamiento terapéutico, en tanto está sujeto a la limitación prevista en el apartado segundo del artículo 8 LORPM, que prohíbe que la duración de las medidas privativas de libertad pueda superar el tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad imponible por el mismo hecho, debe descartarse de raíz. Las previsiones penológicas que el CP contempla para las faltas, inhabilitan el uso del internamiento terapéutico para menores autores de estas infracciones veniales.

En relación con el tratamiento terapéutico, la respuesta debe ser distinta. Si el menor autor de una falta es declarado inimputable y si su superior interés aconseja la aplicación de esta medida, habrá de entenderse susceptible de ser impuesta, pues analizando conjuntamente los artículos 9.1 y 9.5 LORPM otra interpretación llevaría al absurdo de que este supuesto no permite la imposición de ninguna medida. En todo caso, tal medida habrá de someterse a los estrictos márgenes derivados del principio de proporcionalidad, de modo que no parece que pueda imponerse mas allá de los seis meses previstos en caso de falta para las demás medidas principales de tracto temporal.

### III.3. Supuestos en los que cabe imponer la medida de internamiento en centro cerrado

Tras la reforma 8/2006 se amplían considerablemente los supuestos en los que cabe imponer la medida mas limitativa de derechos de cuantas se prevén en la LORPM.

En efecto, conforme al artículo 9.2 LORPM cabrá ahora imponer la medida de internamiento en régimen cerrado cuando:

- a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.
- b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
- c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Desde luego, no parecía lógico limitar, como hacía la LORPM en su redacción original, la posibilidad de imponer la medida a los supuestos en los que se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiera generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. Con esta fórmula restrictiva, se impedía *a radice* la imposición de la medida a supuestos de gravedad en los que los medios comisivos eran otros.

Debe, por tanto partirse de la clara *voluntas legislatoris* de ampliar las posibilidades de imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Dicho esto, no deben los Sres. Fiscales olvidar que el precepto contempla la imposición de esta medida (salvo los supuestos de extrema y máxima gravedad) en principio únicamente como posibilidad, y que el denominado principio de desinstitutionalización, asumido por el artículo 37 b) de la Convención de los Derechos del Niño postula que las privaciones de libertad de menores se utilicen como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

En cuanto a la interpretación que debe darse a la cláusula que habilita para imponer el internamiento cerrado cuando los hechos estén tipificados como delito grave habrá de hacerse en sentido restrictivo. Tal apoderamiento sólo habrá de entenderse conferido cuando los hechos tipificados como delito grave conforme a las disposiciones del Código Penal tengan asignada pena privativa de libertad, conforme al párrafo segundo del artículo 8 LORPM.

En este punto debe tenerse en cuenta que la extraordinaria amplitud de la letra 9.2 c) (actuaciones en grupo), en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a fórmulas especialmente criminógenas, por lo que también habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación colectiva no revista especial lesividad y no sea más que una manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes durante la adolescencia. De hecho, desde una perspectiva criminológica debe tenerse en cuenta que los menores infractores con frecuencia cometen delitos en grupo, en el que cada menor adopta un papel distinto, unos como líderes, otros simplemente siguiéndoles e incluso a veces los menores son llevados a situaciones sin que previamente hubiera habido planificación ni conocimiento, siendo en ocasiones difícil deslindar quiénes son autores o cómplices y quienes están fuera del perímetro delictivo.

No obstante, no será necesario para poder aplicar esta circunstancia de actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores. Así podrá apreciarse esta circunstancia a un menor de entre 14 y 18 años en

una actuación grupal integrada además de por éste, por adultos y por menores de catorce años.

Debe también tenerse en cuenta como pauta general, que la regla aborda conjuntamente dos fenómenos distintos: 1.º la actuación en grupo y 2.º la pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de actividades delictivas.

Aunque ambos supuestos quedan abarcados por el artículo 9.2 LORPM, los mismos no deben entenderse en todo caso equiparados.

Por lo que respecta a la actuación en grupo, partiendo de su acepción gramatical, —según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, grupo es una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado—, podría entenderse que el delito se comete en grupo cuando participan en el mismo varias personas.

Intentando profundizar en cómo interpretar qué deba entenderse por actuar en grupo, arroja luz el análisis de varios artículos del Código Penal que utilizan esta nomenclatura. Así, debe tenerse presente artículo 180 CP, que incorpora subtipos agravados para los delitos contra la libertad sexual. En su redacción original uno de estos subtipos era el de que los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo. Tal subtipo es sustituido tras la LO 11/1999 de 30 abril por cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. El artículo 335 CP castiga determinadas conductas de caza o pesca ilegal, agravando la pena el apartado 4.º cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas. Parece, pues, claro que el Código Penal parte de la exigencia de al menos tres personas para que pueda apreciarse la actuación en grupo.

También debe tenerse presente que para apreciar la actuación en grupo no se ha venido requiriendo ninguna clase de organización (SSTS de 5 de julio de 1984 y 17 de noviembre de 1986 y 25 de febrero de 1987).

Por su parte, con carácter general, el artículo 22 2.ª configura como agravante el ejecutar el hecho con auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. De la agravante podrían extraerse los supuestos en los que la actuación en grupo supone un plus de antijuridicidad y culpabilidad y por ello puede motivar una exasperación de la consecuencia tanto en el proceso de adultos como en el de menores: cuando tal circunstancia debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad de los delinquentes.

Sólo cuando concorra esa mayor reprochabilidad justificadora de la respuesta sancionadora educativa agravada podrá hacerse uso de esta nueva habilitación legal contenida en el artículo 9.2 (posibilidad de aplicar la medida de internamiento en centro cerrado) y 10.1 b) (posibilidad de que las medidas superen los topes de duración generales).

En relación con el concepto de banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, el CP en numerosos preceptos se refiere a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (*vid.* arts. 170, 505, 515, 516, 571) cuyas especificidades impiden trasladar los criterios elaborados en torno a las mismas al supuesto contemplado en la regla 2.ª del artículo 9 LORPM. Sí cabrá aplicar los criterios jurisprudenciales decantados en la interpretación del concepto organización o asociación contenido en otros preceptos, como el artículo 318 bis aplicable a organizaciones o asociaciones, incluso de carácter transitorio, dedicadas a actividades de tráfico ilícito de seres humanos, el artículo 369.2 aplicable cuando se dedican al tráfico de drogas; el artículo 187 previsto para las dedicadas a actividades de prostitución de menores o incapaces, el artículo 189.3 e) para las dedicadas a la pornografía infantil, y preceptos equivalentes: artículo 262 (dedicadas a la alteración de precios en subastas y concur-

sos públicos; artículo 271(para actividades infractoras de la propiedad intelectual); artículo 276 (para actividades infractoras de la propiedad industrial), artículo 386 (dedicadas a falsificación de moneda) y artículo 445 (dedicadas a actividades de corrupción en transacciones internacionales).

Tratando de sintetizar, baste aquí con remitirnos a los criterios y a la abundante jurisprudencia citada en la Circular 2/2005, de 31 de marzo sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, en relación con los requisitos para apreciar el subtipo de organización o asociación.

La pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación dedicada a la actividad delictiva tiene un matiz distinto: su apreciación obviamente ubica los concretos hechos delictivos en un escenario de mayor gravedad, aunque tampoco deben a priori limitarse las posibilidades de flexibilidad que la LORPM atribuye a los operadores del sistema de Justicia Juvenil: habrá que estar a las concretas circunstancias concurrentes a la hora de elegir la específica medida a imponer, partiendo de que se está habilitado tanto para imponer el internamiento en centro cerrado como para ampliar el *quantum* temporal de la concreta medida que se elija.

Una última precisión debe hacerse a esta habilitación para imponer la medida de internamiento y para hacerlo sobrepasando los límites generales de duración de las medidas. La misma está en todo caso subordinada a la prohibición de imponer medidas privativas de libertad que excedan del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal (art. 8, párrafo segundo LORPM).

En definitiva, con carácter general, no debe olvidarse que la apreciación de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 no implica *per se* ninguna consecuencia agravatoria automática (salvo que el menor tenga dieciséis o diecisiete años y los hechos sean de extrema gravedad), por lo que aún apreciándolas no habrá por qué exasperar necesariamente la consecuencia jurídica.

La no concurrencia de ninguna de las tres circunstancias previstas en el nuevo apartado segundo del artículo 9 LORPM implica la imposibilidad de aplicar la medida del internamiento en centro cerrado, aunque cabrá no obstante imponer la medida de internamiento semiabierto siempre, claro es, que la pena asignada al delito para los adultos sea privativa de libertad y siempre además, que ello sea compatible con el superior interés del menor. En estos casos la medida de internamiento semiabierto puede sufrir una importante agravación a través de la suspensión temporal de actividades fuera del centro [art. 7.1.b)]. Ello no obstante, la misma seguirá manteniendo su naturaleza y, por tanto, todo lo relativo a centro de cumplimiento, y régimen de permisos y salidas se someterá al régimen previsto para el internamiento en centro semiabierto. Además, tal medida no podrá transformarse conforme al artículo 51.2 LORPM en internamiento cerrado, pues no se cumpliría el presupuesto de tal hipótesis sustitutiva (que el hecho delictivo por la que se impuso la medida de internamiento semiabierto sea alguno de los previstos en el art. 9.2). Tampoco tal medida podría nunca ejecutarse en centro penitenciario, pues no cumpliría los presupuestos del artículo 14 LORPM.

#### III.4 Reglas de determinación de la medida para los supuestos previstos en el artículo 9.2. LORPM

El artículo 10.1 LORPM regula las consecuencias jurídicas aplicables para los supuestos tipificados como delito grave, o en los que concurra violencia o intimidación.

ción en las personas o riesgo para la vida o la integridad o que hayan sido cometidos en grupo.

En todo caso debe partirse del principio del interés superior del menor, que puede seguir desplegando todas sus potencialidades a la hora de concretar la medida imponible y su *quantum*. La flexibilidad mantiene aún en estos supuestos de más entidad todo su vigor.

Lo que el artículo 10.1 hace es –para supuestos que no sean de extrema gravedad– autorizar desde el punto de vista cuantitativo la aplicación de medidas superando los límites generales previstos en el artículo 9.3 LORPM.

Para ello se distinguen dos tramos de edades. Para menores que al tiempo de cometer los hechos tuvieren catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración, o ciento cincuenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, o 12 fines de semana de permanencia. Para menores con dieciséis o diecisiete años de edad, la medida puede alcanzar los seis años; o doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, o dieciséis fines de semana de permanencia.

Se amplían, pues, los topes máximos imponibles, aunque como ya se advertía en el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de 28 de diciembre de 2005, esa excepción general a la regla de los dos años de duración máxima del internamiento, que se mantiene (art. 9.3) no da especial motivo para la preocupación, en cuanto únicamente supone una ampliación del margen de maniobra del Fiscal y el Juez, cuya decisión, en los términos expuestos en el anterior apartado, deberá siempre ajustarse al fin último del superior interés del menor.

Debe ahora repararse en el hecho de que la opinión favorable del Equipo Técnico en su Informe deja de ser *conditio sine qua non* para posibilitar la imposición de medidas por encima de los topes generales (art. 10.1 actual en relación al art. 9.4.<sup>a</sup> anterior). Ello no obstante, los Sres. Fiscales continuarán valorando especialmente las propuestas debidamente fundamentadas de los informes de los Equipos Técnicos respecto de la duración aconsejable de las medidas.

### III.5 Reglas para supuestos de extrema gravedad

Cuando los menores de dieciséis o diecisiete años hubieran cometido hechos tipificados como delito grave, o en los que concurra violencia o intimidación en las personas o riesgo para la vida o la integridad o cometidos en grupo, si además cabe calificar la conducta como de extrema gravedad, la consecuencia jurídica se hace mucho más rígida.

El Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. La rigidez se incrementa con la prohibición en estos casos de hacer uso del principio de flexibilidad en la ejecución (arts. 13 y 51.1 LORPM) hasta transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

Esta regla introduce un régimen excepcional respecto del sistema de la LORPM, pues predetermina la medida que necesariamente ha de imponerse, optando por la más restrictiva, e introduce un período de seguridad, impidiendo hacer uso de la cancelación o de la sustitución por un año.

Pese a tales contornos rígidos, siguen existiendo espacios para, a través de la flexibilidad, cuando sea necesario, tratar de ajustar la medida y su ejecución a las necesidades psico-socio-educativas del menor infractor.



Así, en primer lugar, debe tenerse presente que la prohibición temporal de hacer uso del principio de flexibilidad en la ejecución (arts. 13 y 51) no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM). Si pese a apreciarse extrema gravedad el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseja la privación de libertad y aconseja acudir a la suspensión, y siempre que la extensión del internamiento impuesto no lo impida –este instituto no es aplicable cuando la medida exceda de dos años– podrán los Sres. Fiscales, motivándolo convenientemente, dictaminar en favor de esta opción, que generalmente deberá ser acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar que el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la eventual aplicación de la suspensión a la ejecución de medidas en supuestos de extrema gravedad habrá de estar sólida y rigurosamente fundamentada, al tratarse de una excepción al régimen general del artículo 10.1 párrafo 4.º LORPM.

En segundo lugar cabe subrayar que la locución extrema gravedad, en tanto concepto jurídico indeterminado, introduce amplios márgenes para decidir o no su apreciación.

El párrafo último del apartado primero da una nueva vuelta de tuerca hacia la rigidez: se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia. No obstante, debe recordarse que la interpretación que de la reincidencia hizo la Circular 1/2000, de 18 de diciembre supone una drástica reducción del ámbito de esta disposición. En la reseñada Circular –que a tales efectos debe estimarse plenamente vigente–, se declara que se impone en este tema la aplicación supletoria del CP teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad. Ello lleva a aplicar el artículo 137 CP, según el cual las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida. Por tanto, no procederá considerar reincidente a un menor aun cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho ya hubiera cumplido la medida, sin necesidad de tener en cuenta ningún otro plazo adicional.

### III.6 Reglas para supuestos de máxima gravedad

El contenido de la Disposición Adicional Cuarta de la LORPM, añadida por la reforma operada por LO 7/2000 de 22 diciembre para regular el tratamiento sancionador de los supuestos más graves de la delincuencia juvenil es trasladado al nuevo artículo 10.2 LORPM. Pero las novedades experimentadas por esta regla no se reducen a una mejor ubicación sistemática.

Establece el artículo 10.2 LORPM que cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

En relación con los menores de catorce o quince años, la reforma de 2006 eleva el tope máximo de medida imponible, que pasa de cuatro a cinco años. Para esta franja de edades inferiores también se establece la obligación de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Pese a tal imperatividad, las posibilidades flexibilizadoras seguirán siendo amplias, pues se mantiene en su integridad la potencial aplicabilidad de la suspensión, sustitución, cancelación o modificación de medidas.

Por lo que se refiere a los de dieciséis o diecisiete años, la rigidez de la respuesta educativo-sancionadora alcanza su tonalidad más intensa. El período de seguridad de la medida de internamiento en régimen cerrado que imperativamente debe imponerse en principio se amplía, alcanzando la mitad de la duración de la medida impuesta. Decimos en principio se amplía porque tal como está regulada podría darse la paradoja respecto a la regla prevista para supuestos de extrema gravedad de que el período de seguridad fuese inferior. En efecto, al poder imponerse una medida de entre uno y ocho años de duración, cuando en concreto se impongan medidas de menos de dos años, el período de seguridad será inferior al año. En todo caso, tal tramo de máxima rigidez se blinda hasta el punto de que aquí no sólo no cabe la sustitución, cancelación o modificación de medidas, sino que tampoco cabe la suspensión.

La reforma de 2006 ha mantenido el tramo máximo de duración temporal en ocho años, si bien ha ampliado las posibilidades de que en caso de concurso de delitos pueda extenderse el internamiento hasta el tope máximo de diez años. En la regulación anterior el internamiento sólo podía alcanzar los diez años si el menor era responsable de más de un delito, cuando alguno de ellos fuese un delito de terrorismo sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años. Tras la reforma de 2006, conforme al nuevo apartado segundo del artículo 11 la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años. Por tanto la regla especial de concurso no se circunscribe al terrorismo, sino que abarca en general los delitos de máxima gravedad que vayan acompañados de la comisión de otros delitos.

El nuevo artículo 10.2 mantiene de forma mimética el ámbito objetivo que asumió la Disposición Adicional Cuarta, perpetuando los problemas que ya se planteaban en relación con los delitos a los que son aplicables estas excepcionales reglas para la determinación de la medida. Se habla de delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

En la redacción original de la LORPM, antes de la reforma 7/2000 la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 9 comprendía como uno de los supuestos de extrema gravedad la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal. El artículo 179 se refiere al delito de violación y el artículo 180 al delito de agresión sexual y violación cualificadas. Al utilizarse la conjunción y, era necesario concluir con que el régimen de máxima gravedad debía aplicarse sólo a los supuestos de violación cualificada.

Tanto en la anterior Disposición Adicional Cuarta como en el actual artículo 10.2 se incluyen el delito de violación y, separado por una coma, el delito de agresión sexual y violación cualificados. Con tal redacción habrá de interpretarse ahora, prescindiendo de los antecedentes, en el sentido de que se integra como supuesto de máxima gravedad tanto la violación simple (art. 179) como la agresión sexual cualificada (art. 180 inciso primero) y la violación cualificada (art. 180 inciso primero). La regla del artículo 10.2 LORPM no abarcará por contra la agresión sexual simple (art. 178). Por consiguiente, será supuesto de máxima gravedad la violación (cualificada o no) y la agresión sexual cualificada y no lo será la agresión sexual sin penetración y sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 180 CP.

### III.7 Pluralidad de infracciones

#### III.7.1 PLURALIDAD DE INFRACCIONES CONEXAS

La regla básica se encuentra en el nuevo apartado primero del artículo 11, que dispone que los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un sólo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Por tanto, habiéndose condenado al menor por una pluralidad de delitos, siendo éstos conexos (y consiguientemente –por tratarse de una conexidad máxima– también en supuestos de continuidad o de concurso ideal), los límites máximos de cumplimiento son los genéricos previstos en el artículo 9 y en el 10 LORPM. La comisión de una pluralidad de delitos –en tanto concorra la nota de conexidad– no va a generar ningún tratamiento imperativo basado en la exasperación. La única consecuencia será la de que a la hora de determinar dentro de los límites referidos la concreta respuesta sancionadora, habrán de ser ponderados los módulos de proporcionalidad, atendidas la naturaleza y el número de las infracciones pero siempre teniendo en cuenta el interés del menor y tomando como referencia la más grave de todas ellas.

El único supuesto en el que cabe propiamente exasperar la consecuencia sancionadora –pero siempre facultativamente– es el previsto en el apartado segundo del artículo 11: cuando alguno o algunos de los plurales delitos cometidos fuere de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad.

Para que pueda imponerse el internamiento en régimen cerrado por encima de los ocho años (para menores de 16 y 17 años), y por encima de los cinco años (para menores de 14 y 15 años) será necesario que el delito que acompañe al de máxima gravedad sea de los que permiten imponer el internamiento cerrado conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 LORPM.

Otra interpretación supondría exasperar injustificadamente el tratamiento de esta modalidad concursal hasta el límite de superar la suma aritmética de las medidas impuestas.

Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de Menores, por lo que habrá de

estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la que más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad temporal, es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS núm. 548/2000 de 30 de marzo, 722/2000 de 25 de abril, 1265/2000 de 6 de julio, 860/2004 de 30 de junio, 931/2005 de 14 de julio, 1005/2005 de 21 de julio, 1010/2005 de 12 de septiembre, 1167/2005 de 19 de octubre y AATS 1110/2007, de 14 de junio y 1124/2007, de 7 de junio).

En definitiva, lo que no cabe es constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad para los delitos futuros (STS núm. 798/2000 de 9 de mayo) y por ello sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (STS núm. 364/2006, de 31 de marzo).

Por lo demás, conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2005, no es necesaria la firmeza de las sentencias para el límite de la acumulación.

Cuando la pluralidad de delitos conexos sea enjuiciada en un mismo expediente, la determinación de la medida o medidas aplicables no planteará cuestiones procedimentales, mientras que si el enjuiciamiento se dispersa, la fijación del tope máximo de cumplimiento habrá de realizarse conforme al iter procedimental que se abordará en el epígrafe III.-7.3. En estos supuestos de delitos conexos enjuiciados en distintos expedientes, al límite en la duración de las medidas previsto en los artículos 9 y 10 se superpone otro límite: la medida resultante tampoco podrá superar el límite del doble de la más grave de las refundidas. Este límite adicional deriva por un lado del hecho de que la previsión del artículo 47.2 LORPM no ciñe su aplicación a los delitos no conexos, y por otro lado a la vista de que otra interpretación podría llevar al absurdo de otorgar un régimen más severo a la acumulación de delitos conexos que a la de los no conexos. Así, si un menor de 17 años es condenado en tres procedimientos distintos por tres homicidios conexos a la medida de cuatro años de internamiento cerrado en cada uno de ellos, al límite máximo de 10 años de internamiento (art. 10.2 y 11.1 LORPM) habrá de añadirse el límite previsto en el artículo 47.2 LORPM, y en definitiva, la medida acumulada a imponer no podría superar los ocho años de internamiento.

### III.7.2 PLURALIDAD DE INFRACCIONES NO CONEXAS

El apartado tercero del artículo 11 dispone que cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.

Refiriéndose el apartado 1 del artículo 11 a los delitos conexos, claro es que esta disposición regirá para los delitos no conexos. En cuanto a su tratamiento, remitiéndose la disposición al artículo 47.2, habrá de estarse a la regla conforme a la que si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas.

Consiguientemente, para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos 9 y 10 LORPM, y así por ejemplo, en el supuesto de un menor condenado por homicidio a una medida de internamiento por ocho años que durante un permiso comete un asesinato, y al que por tales hechos se le impone una nueva medida de ocho años, podrá cumplir hasta dieciséis años de internamiento.

Las normas sobre acumulación jurídica tratan de corregir las penas excesivamente largas que derivarían de la simple acumulación matemática. Si con carácter general las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y que fijan como fines de las penas la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y en general, atendiendo al principio de favorecimiento del reo, en Derecho Penal Juvenil tales postulados han de intensificar aún más sus efectos, en tanto la respuesta es sancionadora-educativa, inspirada por el principio del superior interés del menor e ineludiblemente orientada hacia la resocialización.

Bajo estos postulados se estructura el tratamiento de la acumulación tras la reforma 8/2006. En efecto, a diferencia del Derecho penal de adultos, en el que los límites a la acumulación material de penas derivada del concurso real de delitos (el triple de la pena más grave y los topes de 20, 25, 30 y 40 años previstos en el art. 76 CP) sólo operan ante delitos conexos, en la LORPM el límite máximo representado por el doble de la medida más grave impuesta también despliega sus efectos cuando los delitos no son conexos.

La ampliación de los topes de cumplimiento en delitos no conexos es lógica desde la necesidad de evitar los efectos criminógenos que pudieran generarse en otro caso, en el siempre bien entendido de la operatividad –si procede y dentro de los límites legales– del principio de flexibilidad durante la ejecución de las medidas refundidas.

Ni que decir tiene que no procederá la aplicación del tope máximo del doble de la medida más grave impuesta si el resultado de sumar las medidas impuestas es inferior.

### III.7.3 REFUNDICIÓN

#### III.7.3.1 Competencia para refundir

El párrafo segundo del apartado primero del artículo 11 dispone que si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.

Esta disposición parece atribuir competencia para refundir al último Juez sentenciador.

Sin embargo, la misma entra en abierta contradicción con la norma contenida en el apartado primero del artículo 12, que ordena al Juzgado que hubiera dictado nueva sentencia contra un menor ya condenado que de traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el competente para la ejecución de todas, y en el apartado segundo de este mismo precepto, que dispone que el Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas. Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones.

Por tanto, este artículo 12 otorga competencia para refundir y para ejecutar la medida o medidas refundidas al Juez que dictó la primera sentencia.

La antinomia que se desprende del tenor de los arts. 11 y 12 LORPM se concreta pues en otorgar competencia para refundir y ejecutar al último Juez sentenciador versus otorgar competencia para refundir y ejecutar al primer Juez sentenciador.

Para salvar esta contradicción es particularmente útil analizar el iter parlamentario del Proyecto de Ley, análisis que arroja luz sobre la *voluntas legislatoris*. En efecto, en la redacción del Proyecto la competencia se atribuía sin ningún género de dudas

al Juez que dictó la última sentencia, en armonía con la distribución competencial que a tales efectos realiza la LECrim en su artículo 988. Fue en trámite de enmiendas cuando se modificó esta regla, que se justificó por la conveniencia de que se produjera un cierto efecto de *perpetuatio jurisdictionis* en fase de ejecución para que el mismo Juzgado de Menores que hubiera iniciado el tratamiento sancionador del menor mantuviera su competencia pese a que con posterioridad fuera nuevamente condenado por otros Juzgados de Menores. Para lograr este efecto de congelación de la competencia –*chilling effect*– se optó por atribuir la misma no al último Juez sentenciador –pues ello lleva inexorablemente al cambio sucesivo del Juez de ejecución si el menor es nuevamente condenado– sino al Juez que dictó la primera condena –que lleva anudado el efecto de que las posteriores condenas no modifican la competencia–. Pues bien, habiéndose aprobado tal enmienda respecto del artículo 12, el Legislador olvidó retocar simultáneamente el artículo 11, que también trataba la referida cuestión, aunque claramente se desprende que su intención era la de modificar la distribución competencial en procedimientos de refundición en favor del Juez que dictó la primera sentencia.

Desentrañado así el origen de la antinomia, el respeto a la *voluntas legislatoris*, así como los beneficiosos efectos que para la ejecución lleva anudada, debe resolvernos decididamente por la opción de conferir la competencia para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar al Juzgado de Menores que dictó la primera sentencia condenatoria. De esta forma, una vez dictada ésta la competencia se fija definitivamente en favor de este Juzgado.

Este criterio será aplicable tanto cuando las sentencias condenatorias hubieran sido dictadas por Jueces de Menores de la misma provincia, de distinta provincia y de la misma o de distinta Comunidad Autónoma.

Los Sres. Fiscales cuidarán de que se respeten escrupulosamente las normas sobre refundición de medidas y sobre competencia para refundir, en tanto se trata de disposiciones que pueden incidir decisivamente en la racionalidad, homogeneidad y coherencia de la respuesta sancionadora-educativa.

### III.7.3.2 Procedimiento de refundición

El nuevo artículo 47.2 clarifica los pasos a seguir en la refundición. Conforme a este precepto si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas.

El Juez, previa audiencia del letrado del menor, deberá proceder de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor, de modo que una vez practicada la refundición no quedará por ejecutar más de una medida de cada clase de las enumeradas en el artículo 7 de esta Ley.

El incidente de refundición exigirá por tanto el respeto al principio de audiencia. Las refundiciones se producen entre medidas de la misma naturaleza. La acumulación aritmética sufre una importante limitación, pues no podrá exceder del doble de la más grave de las refundidas.

Si las sanciones a refundir proceden de delitos conexos, como se adelantó *supra*, a este límite debe añadirse el derivado de los previstos genéricamente en los artículos 9 y 10 LORPM.

Estas pautas deberán aplicarse, pues, a cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor (art. 47.2).

Una vez refundidas las medidas, si concurren distintas clases se seguirá en principio el orden establecido sucesivamente en el artículo 47.5, a saber: 1) La medida de

internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra. 2) La medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento. 3) La medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas. 4) Las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo.

El orden sucesivo de cumplimiento no se somete a una regla rígida, sino que de nuevo emerge el principio del superior interés del menor, que permite fundamentar conforme a la previsión del artículo 47.5 *in fine* una alteración del dicho orden. En efecto, se dispone en el referido precepto que en atención al interés del menor, el Juez podrá, previo informe del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de la entidad pública de reforma o protección de menores, acordar motivadamente la alteración en el orden de cumplimiento previsto en las reglas anteriores.

Pese a que el artículo 47 no prevé expresamente el traslado al Fiscal para ser oído antes del dictado de la resolución de refundición, el informe previo de Ministerio Público debe entenderse de inexcusable cumplimiento. Ello se deduce sin ninguna duda del papel que se encomienda al Fiscal con carácter general en el artículo 6 LORPM asumiendo la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento. Específicamente puede deducirse también de las funciones que al Fiscal se encomiendan en la fase de ejecución tanto en general (art. 3.9 EOMF) como en particular en el proceso de menores (en el que el art. 44.1 LORPM dispone que la ejecución de las medidas se realizará bajo el control del Juez de Menores, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso). La importancia capital de la resolución a dictar y la necesidad de asegurar el acierto de la decisión exigen la audiencia del Fiscal.

No está de más recordar aquí que el procedimiento de refundición (*rectius*, acumulación) ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional (STC núm. 130/1996, de 9 de julio) porque puede afectar a un derecho fundamental tan importante como es el de la libertad. En dicho procedimiento el condenado ha de ser oído, antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, para que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes para su defensa por medio de Letrado que le asista. Se trata, en definitiva de un derecho que se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (SSTC núm. 11/1987, de 30 de enero, 147/1988, de 14 de julio, 130/1996 de 9 de julio y STS núm. 205/2002, de 7 de febrero, entre otras).

### III.7.3.3 *Supuestos especiales*

#### III.7.3.3.1 Refundiciones sucesivas

Debe analizarse qué tratamiento aplicar a los supuestos en los que tras la práctica de una refundición, aparece un nuevo expediente en el que el menor ha sido condenado a nuevas medidas por hechos distintos.

La respuesta no puede ser unívoca sino que habrá de tenerse en cuenta si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido conjuntamente enjuiciados con los que fueron objeto de la anterior refundición.

En el caso de que los hechos hubieran podido ser enjuiciados en un único procedimiento, en la nueva refundición deberá partirse de la imposibilidad de sobrepasar los topes previstos en los artículos 9 y 10 y además el tope del doble de la medida más grave, computando tanto las que ya fueron objeto de refundición como las que han de



ser refundidas *ex novo*. De este modo, si por ejemplo en la primera refundición se operó con dos medidas de internamiento cerrado impuestas por dos robos con violencia cada una de cuatro años de duración y se fijó el máximo de cumplimiento en seis años (art. 10.1 LORPM), si en el nuevo expediente con medidas a refundir se ha impuesto una nueva medida de dos años de internamiento cerrado, el tope máximo habrá de mantenerse en los seis años predeterminados por el inicial auto de refundición. Cualquier otra solución generaría el efecto indeseable de que el tope máximo podría variar en sentido agravatorio dependiendo del juego en las comunicaciones o del tiempo en la tramitación de los procedimientos.

En el caso de que la refundición global hubiera sido posible (los hechos se cometieron antes del dictado del auto de acumulación), pero simultáneamente no hubieran podido ser enjuiciados en un único procedimiento por no ser conexos (los nuevos hechos se cometieron con posterioridad a la sentencia condenatoria), en la nueva refundición deberá partirse de la imposibilidad de sobrepasar el tope del doble de la medida más grave, computando tanto las que ya fueron objeto de refundición como las que han de ser refundidas *ex novo*. De este modo, si por ejemplo en la primera refundición se operó con dos medidas de internamiento cerrado impuestas por dos homicidios no conexos y a cada uno de ellos se impuso la medida de seis años de duración y se fijó el máximo de cumplimiento en doce años (tope impuesto por el art. 47.2 LORPM), si en el nuevo expediente con medidas a refundir se ha impuesto una nueva medida de seis años por un nuevo homicidio no conexo con los anteriores pero que pudo ser objeto de refundición conjunta, el tope máximo habrá de mantenerse en los doce años predeterminados por el inicial auto de refundición. De nuevo, cualquier otra solución generaría el efecto indeseable de que dependiendo del juego en las comunicaciones o del tiempo en la tramitación de los procedimientos, el tope máximo podría variar en sentido agravatorio.

Por contra, si los hechos nuevos que han dado lugar a una nueva condena han ocurrido en fecha en la que ya no hubiera sido posible la refundición global, por haber tenido lugar después de determinarse la medida global en la anterior refundición, para calcular el tope máximo en la nueva refundición habrá de operarse con la medida refundida y con la nueva medida impuesta. En el ejemplo anterior, el tope máximo sería el de veinticuatro años, como duplo de la medida de doce años refundida, por lo que a efectos de la refundición habría de imponerse la resultante de sumar los doce años de internamiento refundidos a los seis años de la nueva medida, esto es, un total de dieciocho años. Cualquier otra solución generaría efectos criminógenos al suponer el libramiento de un cheque en blanco para que el infractor con medidas refundidas pudiera cometer delitos *sine poena*.

Debe por lo demás recordarse que siempre se mantendrían las facultades derivadas del principio de flexibilidad en la ejecución, como mecanismo idóneo para modular medidas que por su extensión pudieran generar consecuencias desocializadoras.

### III.7.3.3.2 Los internamientos con período de libertad vigilada

También cabe plantearse cómo realizar el cómputo y refundir cuando concurren varios internamientos integrados por un tramo final de cumplimiento en libertad vigilada.

En estos casos, para determinar la medida más grave habrá de estarse a cuál de ellas tiene el tramo de internamiento *strictu sensu* (esto es, sin computar el período de libertad vigilada) más extenso. La medida resultante no podrá superar el doble de dicho período de internamiento ni el doble del período de libertad vigilada de la medida así seleccionada. Respetando ese límite, el internamiento resultante se integrará por la suma de uno y otro tramo de internamiento. Esta misma operación habrá de realizarse en relación con el tramo de libertad vigilada. La medida refundida global se integrará por los tramos de internamiento y de libertad vigilada así calculado.

### III.7.3.3.3 Refundición de medidas de internamiento de distintas clases

El artículo 47.2 LORPM se refiere a la refundición de dos o más medidas de la misma naturaleza. La interpretación de qué deba entenderse por misma naturaleza va a ser determinante en los resultados de la refundición cuando concurren medidas de internamiento en sus distintas modalidades, cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico. Si se entiende que todas ellas son de la misma naturaleza, habrá que concluir con que si a un menor se ha impuesto una medida de dos años de internamiento en régimen cerrado, otra de tres años también en régimen cerrado y otra medida de tres años de internamiento en régimen semiabierto, el máximo de cumplimiento será el de seis años de internamiento.

Si por el contrario se entiende que las distintas modalidades de internamiento son de naturaleza diversa, habrá de entenderse que el tope de cumplimiento sería el de seis años de internamiento cerrado (con cumplimiento de cinco años, como suma aritmética) y tres años de internamiento en semiabierto, esto es, un total de ocho años.

En el trance de decantarse por una u otra solución, parece preferible optar por entender que el internamiento en sus distintas modalidades y a efectos de refundición tiene una misma naturaleza, por lo que todos los internamientos impuestos quedarán conjuntamente sometidos a las reglas de fijación del máximo de cumplimiento.

En estos casos, la fijación del tope abstracto común de cumplimiento no empiece al mantenimiento de la autonomía formal de cada medida. En este sentido debe entenderse la previsión del artículo 47.5 referida al orden de cumplimiento de las diferentes clases de medidas de internamiento. Así en el ejemplo propuesto (menor al que se ha impuesto una medida de dos años de internamiento cerrado, otra de tres años también en régimen cerrado y otra medida de tres años de internamiento en régimen semiabierto), habría de entenderse que el tope máximo de cumplimiento sería el de seis años, que –salvo que el Juez de Menores acordase otra cosa, conforme al art. 47.5 e)–, derivaría en la ejecución en primer lugar del internamiento cerrado, hasta los cinco años, para seguidamente cumplir el año restante necesariamente en semiabierto. Este mismo esquema escalonado sería aplicable en las relaciones de los demás tipos de internamiento.

En principio, cuando la refundición opere sobre distintas modalidades de internamientos, el internamiento así refundido habrá de iniciar su ejecución en el tramo correspondiente al régimen cerrado, pues conforme a las reglas generales es de preferente aplicación. Por excepción, si el internamiento refundido está integrado en una de sus partes por un tramo terapéutico, éste será de aplicación preferente. Si el menor como ser en proceso de maduración tiene necesidades especiales, cuando precisa de medidas terapéuticas, puede decirse que concurren necesidades especialísimas y es a tales necesidades a las que habrá de atenderse en primer lugar. En todo caso, el Juzgador podrá alterar el orden de ejecución de los diferentes tramos incluidos en internamientos refundidos.

En relación con los períodos de seguridad derivados de los casos de máxima gravedad y de extrema gravedad, habrá de entenderse, teniendo en cuenta que se trata de una excepción a la regla general de flexibilidad que preside todo el Derecho de menores, que no se incrementan como consecuencia de la refundición.

### III.7.3.3.4 Refundición de medidas de libertad vigilada

Pueden plantearse problemas cuando las medidas a refundir tengan reglas de conducta diferentes.

En estos casos, cuantitativamente, el tope máximo de cumplimiento habrá de calcularse conforme a las normas generales. Las reglas de conducta que integren cualitativamente la medida refundida habrán de concretarse en función del superior interés del menor, teniendo en cuenta que habrá de operarse con criterios de flexibilidad,

tal como se ha postulado por la Fiscalía General del Estado desde la Circular 1/2000. Recordemos que en ella se mantenía que una condena genérica a un determinado tiempo de libertad vigilada permite determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia, sobre la base de que es imprescindible para el correcto y eficaz desarrollo de una medida de libertad vigilada, una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo.

Esta flexibilidad en la determinación de las concretas reglas de conducta también ha sido subrayada por la jurisprudencia menor, y así por ejemplo se ha considerado que no queda vulnerado el principio acusatorio en los supuestos en los que habiendo solicitado la acusación la imposición de la medida de libertad vigilada, el Juez la acuerda pero además añade una regla de conducta no solicitada expresamente (SAP Cádiz, sec. 5.ª, de 24 de septiembre de 2003).

#### IV. MAYORÍA DE EDAD DEL CONDENADO A MEDIDA DE INTERNAMIENTO

##### IV.1 Principio general

A la hora de determinar los efectos jurídicos de la transición de la minoría a la mayoría de edad del sujeto pasivo del procedimiento, el apartado primero del artículo 14 establece la regla general sobre la que se asienta nuestro sistema de Justicia Juvenil: cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcance la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores. En realidad sería una derivación en fase ejecutiva de la disposición contenida en el apartado 3 del artículo 5 LORPM, conforme a la que las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores.

Puede, pues, decirse que como regla general la Ley quiere que la reacción sancionadora que prevé, matizada por las irradiaciones educativas que le son propias, se mantenga hasta el logro de los objetivos propuestos en sentencia, si el infractor era menor en la fecha de la comisión de los hechos, con independencia de vicisitudes temporales sobreenvenidas. El fin educativo perseguido *in genere* por la LORPM y depurado *in concreto* en cada sentencia para cada menor debe seguir marcando toda la intervención.

La propia lógica del sistema de Justicia Juvenil, como proceso singularizado que busca una respuesta especial ante el hecho delictivo cometido por el menor, exige que las excepciones a esta regla general sean objeto de una interpretación restrictiva.

Las excepciones a la regla se contienen en los apartados que seguidamente se analizarán, introducidos por la reforma de 2006.

##### IV.2 Cumplimiento de 18 años

La primera excepción se contiene en el apartado segundo del artículo 14 LORPM, conforme al que cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y

el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

En primer lugar, a diferencia de la regulación contenida en la LORPM en su redacción original (art. 15 LORPM), es claro ahora que esta posibilidad sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años vaya a cumplir o está cumpliendo otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana).

En segundo lugar y como requisito procedimental, con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores). La finalidad de esta audiencia ha de ser la de facilitar el pleno acierto en la adopción de tan delicada decisión.

Cabe plantearse si puede el Juez acordar el traslado al Centro Penitenciario de oficio, sin que ninguna parte lo solicite. A la vista de los términos en que está redactado el precepto y del papel asignado al Juez como órgano de ejecución habrá de entenderse que no es precisa la instancia de parte.

La decisión del Juez de Menores será susceptible de reforma y apelación.

El presupuesto de una decisión de traslado ha de ser el de que la conducta de la persona internada (que ya no es menor) no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Esta falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos ha de estar a su vez anclada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los señores Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

Deberán en todo caso partir los señores Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al Centro Penitenciario es excepcional, y desde esa inteligencia deberá ser entendida, interpretada y aplicada.

También cabrá –dentro del respeto a los períodos de seguridad conforme a los arts. 10.1 y 10.2 LORPM– instar la modificación de medidas.

### **IV.3 Cumplimiento de 21 años**

Conforme al apartado tercero del artículo 14 cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

Deben aquí darse por reproducidas las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior en cuanto a procedimiento, audiencias, adopción de oficio y recursos.

El Juez de Menores tiene, no obstante, una triple posibilidad: puede ordenar el traslado del joven a un centro penitenciario, puede optar por la sustitución o por la cancelación y finalmente puede optar por mantener al joven en el centro.

Si no procede la sustitución o la cancelación, la regla general debe ser el traslado al Centro Penitenciario para continuar la ejecución del internamiento.

No obstante los señores Fiscales habrán de inclinarse por oponerse al traslado al centro penitenciario cuando los informes técnicos pongan de relieve que el joven está respondiendo a los objetivos propuestos en la sentencia. Ningún sentido tendría truncar una ejecución que se está desarrollando a plena satisfacción, pues el objetivo de socialización es el *leit motiv* de todo el sistema.

En la redacción original de la LORPM, el cumplimiento de 23 años del interno dejaba al Juez de Menores con dos únicas alternativas: o la remisión a Centro Penitenciario o la modificación de la medida. Desde esta perspectiva, tras la reforma 8/2006 se abre un ámbito de flexibilidad, pues si tras el cumplimiento de 21 años se estima oportuno la continuación de la ejecución en el Centro de menores, tal opción podrá en principio mantenerse más allá de los 23 años. No obstante esta posibilidad –plenamente ajustada a la LORPM reformada– habrá de entenderse subordinada a una plena adaptación del joven al Centro, de manera que el cambio a Centro Penitenciario fuese perturbadora desde la perspectiva de la finalidad socializadora y educativa de la Ley y subordinada igualmente a que no procediera la cancelación anticipada de la medida (arts. 13 y 51). Por razones evidentes por sí mismas, no deberá ser un supuesto ordinario el de un interno de más de veintitrés años permaneciendo en un Centro destinado a la (re) socialización y educación de menores infractores.

Como en el supuesto anterior, solamente las medidas de internamiento en régimen cerrado serán susceptibles de esta modalidad de cumplimiento. Ello significa que el joven sometido a otros tipos de internamiento podrá mantenerse en el Centro de menores pasados los 18 y los 21 años, no teniendo un tope temporal la permanencia en estos centros. Otra cosa será el que los señores Fiscales, cuando el joven alcance ciertas edades, tengan este factor cronológico en cuenta para interesar la sustitución por otras medidas, o para promover la cancelación.

#### IV.4 Efectos del cumplimiento en centro penitenciario sobre el resto de las medidas

El apartado cuarto del artículo 14 dispone que cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley.

La continuación del cumplimiento en Centro Penitenciario habrá de generar como regla general la cancelación del resto de medidas impuestas conforme a la LORPM, que dejan de tener sentido en un contexto penitenciario. Entre estas medidas a cancelar habrán de incluirse las demás modalidades de internamiento que pudiera el joven tener pendientes.

Debe partirse de que la posibilidad de cumplir una medida impuesta conforme a la LORPM en un Centro Penitenciario se configura como excepción a la regla general contenida en el artículo 54.1 LORPM, conforme a la que las medidas privativas de libertad se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales. Como excepción que es, la aplicación de la regla debe ceñirse a los casos expresamente previstos. Sistemáticamente, las expresas referencias de los apartados 2 y 3 del artículo 14 LORPM al internamiento cerrado como única medida susceptible de cum-

plirse en Centro Penitenciario debe llevarnos a la conclusión –*inclusio unius exclusio alterius*– de que los demás tipos de internamiento no pueden cumplirse en Centro Penitenciario ni de forma originaria ni de forma sobrevenida.

#### IV.5 Cumplimiento en centro penitenciario por ingresos anteriores

El apartado quinto del artículo 14 dispone que la medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo.

Parte la nueva regla de que habiéndose alcanzado la mayoría de edad y habiendo tenido ya experiencia penitenciaria, el cumplimiento en el centro de menores no es ya una opción viable.

Habrà de entenderse, en una interpretación literal de la norma, que la misma sólo es aplicable cuando la estancia en el centro penitenciario traiga causa en un ingreso como penado (ya en base a una condena impuesta por la jurisdicción de menores o por la de adultos). Un ingreso anterior en concepto de preso preventivo no supondrà la aplicación del artículo 14.5 LORPM, aunque lógicamente habrá de ser valorado a la hora de decidirse por la aplicación de los traslados a Centros Penitenciarios previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 14 LORPM. Como señaló el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto, la prisión preventiva, especialmente si su duración es prolongada, puede producir en el joven los mismos efectos que el anterior cumplimiento de una pena o una medida en Centro Penitenciario.

#### IV.6 Aspectos procedimentales

Cabe plantearse si procede dar intervención en este incidente a la acusación particular. Una primera aproximación podría llevarnos a una respuesta negativa, fundamentada en que el artículo 14 LORPM no menciona a esta parte y en que los aspectos regimentales que se susciten durante la ejecución de las medidas (*v.gr.* expedientes disciplinarios, expedientes por quejas de menores internados, etc.) debe entenderse quedan al margen de la legitimación genérica reconocida a la acusación particular. En este mismo sentido debe tenerse presente que con carácter general no se prevé el traslado de los informes de ejecución a la acusación particular. La reforma 8/2006, parece que conscientemente, no modifica el artículo 49 LORPM para –como en otros preceptos– sustituir la mención al letrado del menor por a las partes, como fórmula para abarcar a la acusación particular. Pese a estos poderosos argumentos, la respuesta a la cuestión planteada habrá de ser positiva. Ello deriva en esencia de que este incidente tiene una importancia nuclear en la ejecución de la medida y en que en la misma audiencia puede discutirse si en lugar del traslado al Centro Penitenciario procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 (*vid.* art. 14 apartado tercero). Si se repara en que conforme a la letra *g*) del artículo 25 la acusación particular tiene expresamente reconocido el derecho a ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor, la conclusión no puede ser otra que la de que es necesario dar audiencia también a la acusación particular, si bien sólo a los

efectos de que ésta se pronuncie sobre la modificación o sustitución de las medidas impuestas, sin que la acusación particular pueda pronunciarse sobre el traslado al Centro Penitenciario.

El hecho de que se acuerde el mantenimiento en el centro de menores del joven mayor de 18 o de 21 años no debe entenderse generador de una especie de efecto de cosa juzgada. Si tras una primera decisión favorable a la permanencia en el centro se produjera un radical cambio en la actitud del joven internado, de manera que *ex post* se pusiera de manifiesto su incompatibilidad con la continuación en el centro de menores, podrá abrirse un nuevo incidente para evaluar el traslado al Centro Penitenciario a la vista de las circunstancias sobrevenidas. Ni la LORPM configura esta decisión como *res iudicata* ni sería razonable una interpretación que postulara tales efectos, pues no es difícil imaginar las posibilidades de fraude de ley que se abrirían para el ya adulto en el Centro de Menores.

#### IV.7 Régimen de las medidas de internamiento semiabierto, abierto y terapéutico

El cumplimiento en centro penitenciario sólo se prevé para medidas de internamiento en centro cerrado. A las demás modalidades de internamiento no le son aplicables las previsiones de los apartados segundo, tercero y quinto del artículo 14 LORPM. Ello lleva a las siguientes consecuencias:

- 1) Los menores que cumplen estos internamientos, como se apuntó supra, seguirán cumpliendo las medidas aunque alcancen los 18 o los 21 años (régimen general del art. 14.1 LORPM) sin perjuicio de que puedan modificarse o cancelarse las medidas conforme al régimen general (arts. 13 y 51 LORPM).
- 2) Cuando pase a cumplir una medida de internamiento cerrado en centro penitenciario una persona que tenga pendientes de cumplimiento internamientos abiertos, semiabiertos o terapéuticos, habrán de dejarse éstos sin efecto (art. 14 apartado cuarto), salvo que se acuerde su modificación por medidas compatibles con el régimen penitenciario, solución esta última que habrá que entender excepcional.
- 3) Las medidas de internamiento abierto, semiabierto o terapéutico habrán de cumplirse conforme a las previsiones ordinarias de la LORPM, aunque el ejecutoriado con anterioridad hubiera cumplido una pena de prisión impuesta conforme al Código Penal o una medida de internamiento en centro penitenciario. En efecto, de acuerdo con el tenor del artículo 14 apartado quinto, se trata de supuestos no incluidos en el ámbito de esta disposición, solo prevista para medidas de internamiento en centro cerrado. No obstante, parece claro que en muchos de estos supuestos será particularmente aconsejable hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51, pues poco sentido va a tener la ejecución de la medida prevista para el menor sobre un adulto que ya ha sido interno de un Centro Penitenciario.

#### V. DETENCIÓN DEL MENOR Y DERECHO A LA ENTREVISTA RESERVADA

La reforma de 2006 incorpora definitivamente la pauta que ya asumió la Fiscalía General del Estado en su Consulta 2/2005, de 12 de julio. Conforme al párrafo segundo del apartado segundo del artículo 17 LORPM el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.



La disposición debe entenderse aplicable tanto en sede policial como Fiscal. En todo caso también ha de tenerse presente que sin perjuicio que se facilite su ejercicio, el derecho corresponde al menor, y es él el que en definitiva ha de decidir si lo utiliza o no.

Los menores detenidos por delitos de terrorismo conforme a las previsiones de los artículos 17.4 LORPM y 520 bis LECrim en caso de que se decrete su incomunicación, no podrán entrevistarse reservadamente con su Letrado, ni antes ni después de la declaración. Esto no obstante, los señores Fiscales se opondrán a cualquier solicitud de incomunicación de un menor –especialmente en caso de menores de menos de dieciséis años– salvo que sea estrictamente necesario para el buen éxito de las investigaciones en curso. En todo caso, incluso aunque se decrete la incomunicación del menor, subsiste la autorización para que los titulares la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho asistan al mismo durante la detención. Tal autorización puede ser denegada en la misma resolución judicial que decrete la incomunicación si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación de los delitos imputados, pero en ese caso el menor detenido incomunicado deberá ser asistido por los profesionales del Equipo Técnico y por el Ministerio Fiscal.

Debe recordarse que el menor incomunicado gozará de los derechos propios de todo menor detenido con las únicas limitaciones (además de la referida exclusión de la entrevista reservada) de que no podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio y de que no podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de su custodia, aunque subsiste la obligación legal de notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor.

## VI. MEDIDAS CAUTELARES

### VI.1 Cuestiones generales

El nuevo texto del artículo 28 LORPM supera las más graves deficiencias de que adolecía la redacción original de este precepto, en el que, entre otros extremos, ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional, se seguía permitiendo fundamentar las medidas en la alarma social.

La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil ya salió al paso de estas incorrecciones perturbadoras, declarando que la medida de internamiento no podrá fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del artículo 28 LORPM.

El artículo 28 dedica su apartado primero a unas disposiciones comunes para todas las medidas cautelares y un apartado segundo que recoge las especialidades aplicables a las medidas de internamiento.

El apartado primero del artículo 28 dispone ahora que el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expeditado o para la debida protección de la víctima.

Habrán por tanto de fundamentarse con carácter general las medidas cautelares en el *fumus boni iuris*, representado por los indicios racionales de comisión de un

delito y el *periculum in mora*, que a su vez puede manifestarse bien por el riesgo de fuga, bien por el riesgo de oscurecimiento u obstrucción, bien por el riesgo de reiteración en el ataque a la víctima.

Una primera observación debe hacerse: para que puedan adoptarse medidas cautelares, los hechos imputados al menor han de alcanzar el rango de delito, no siendo suficiente a tales efectos la imputación de una falta.

Sigue manteniéndose la referencia a la orientación de las medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. Esta referencia es continuadora de la fórmula contenida en la LO 4/1992, de 5 de junio. No puede, no obstante, utilizarse esta mención para integrar fines autónomos de la decisión cautelar, pues son absolutamente ajenos a la esencia de este tipo de medidas. Si el menor imputado en el expediente precisa de medidas de protección, habrá de darse traslado a la Entidad Pública de Protección de Menores para que proceda conforme a sus atribuciones legales, pero tal situación no puede ser la base sobre la que se erija una medida cautelar conforme al artículo 28 LORPM. El inciso objeto de análisis, desechado su carácter de fin cautelar debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor.

## VI.2 Alejamiento cautelar

Como novedad paralela a la introducida en el catálogo de medidas, la reforma 8/2006 incorpora expresamente la posibilidad de tutelar cautelarmente a la víctima a través del alejamiento. La innovación, bien es cierto, no deja de ser relativa, pues ya la Fiscalía General del Estado, por medio de su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores dejó meridianamente claro que era posible a través de la medida de libertad vigilada y de sus reglas de conducta, establecer este alejamiento cautelar. Incluso esta modalidad de alejamiento tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento.

El contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas.

Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos (*v.g.*: prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.

La falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello.

Desde el punto de vista procedimental habrán de mantenerse los criterios establecidos por la Consulta 3/2004, que partiendo de que en principio no es obligatoria la celebración de comparecencia, consideraba que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento.

Reiterando lo resuelto en la Consulta 3/2004, los problemas de protección que pueda generar el alejamiento cautelar en el menor sometido a la medida pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes (arts. 17 y 18 LO 119/96, de 15 de enero, de protección jurí-

dica del menor y arts. 172 ss CC), bien instando una medida de protección ante el propio Juez de Menores conforme a lo previsto en el artículo 158 CC.

### VI.3 Internamiento cautelar

El apartado segundo del artículo 28 acoge los parámetros específicos que deben valorarse para optar por la medida cautelar de internamiento. Habrán de tenerse en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

Dos observaciones se imponen *a limine*: la primera es la de que pese a la desordenada enumeración de los parámetros fundamentadores del internamiento cautelar, debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta. En segundo lugar, debe entenderse que a través del parámetro relativo a las circunstancias personales y sociales del menor podrá calibrarse en toda su dimensión operativa el principio del superior interés del menor.

Los señores Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en régimen cerrado. Con la admisibilidad de esta medida de internamiento cerrado para un mayor número de supuestos tras la reforma 8/2006, cabrá correlativamente aplicarla en su modalidad cautelar en su misma extensión. Así por ejemplo, el supuesto que generó mas problemas, el de delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud podrá motivar, como delito grave, en caso de que concurran los demás requisitos, la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, a diferencia de la situación anterior a la reforma (*vid.* SAP Las Palmas, sec. 1.ª, de 12 de septiembre de 2001).

Cuando el apartado segundo del artículo 28 LORPM se refiere a la valoración de si el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, pese a la defectuosa formulación, ha de entenderse que el legislador tiene *in mente* el riesgo de reiteración delictiva. Deberá a este respecto tenerse en cuenta que al utilizar el criterio de la reiteración delictiva habrá de operarse con prudencia, pues es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque admite tal fundamento, lo hace con reservas (esto es, como reiteradamente declara, se admite en un plano distinto, pero íntimamente relacionado con los otros fines, *vid.* SSTC núm. 145/01, 217/01 y 23/02 entre otras).

No está de más recordar aquí la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil cuando afirmaba que en todo caso debe exigirse que concurra para la adopción de la medida cautelar de internamiento alguno de los fines legítimos aceptados por la doctrina del Tribunal Constitucional, siempre subordinados al respeto al principio del superior interés del menor.

En definitiva, interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo artículo 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión

provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad (SSTC núm. 41/1982, 40/1987, 13/1994, 71/1994 y 128/1995, entre otras).

Así, conforme al principio de excepcionalidad debe partirse de que el estado normal en el que el menor imputado espera la celebración de la audiencia debe ser el de libertad. De esta nota de la excepcionalidad deriva la necesidad de aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*.

Conforme al principio de subsidiariedad los señores Fiscales habrán de analizar no solo si concurren los requisitos para adoptar la medida sino que deberán evaluar si los fines que se persiguen pueden ser alcanzados con otras medidas menos gravosas de entre las previstas en la LORPM.

De acuerdo con el principio de provisionalidad es necesario hacer una evaluación continua de los presupuestos y fines de la medida, y su consiguiente alzamiento en cuanto dejen de concurrir todos sus presupuestos. La adopción de la medida queda sometida siempre a una implícita cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo de oficio promover su cesación el Fiscal y acordar en tal sentido el órgano jurisdiccional en cuanto proceda.

El principio de proporcionalidad debe llevar a descartar la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad como regla general ante casos de hechos punibles respecto de los que en una valoración *prima facie* sea probable que culminen en suspensión de condena, en sustitución de la medida privativa de libertad o directamente en condena a medida no privativa de libertad. El principio también impone llevar a cabo antes de la adopción de la medida un juicio de ponderación en el que debe llegarse hasta la valoración de las consecuencias gravosas que la misma pueda eventualmente irradiar en el menor y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso en que se aplica.

#### VI.4 Medidas cautelares en caso de inimputabilidad

Pese a que la reforma 8/2006 ha abordado la reestructuración de las medidas cautelares, sorprendentemente ha mantenido incólume el artículo 29 LORPM, precepto que bajo la rúbrica medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad incurre en graves deficiencias conceptuales, propicia interpretaciones erróneas, y, en definitiva traiciona, en su desarrollo, la rúbrica que pretendidamente sintetiza su contenido.

Debe claramente partirse de que el artículo 29 LORPM ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de reforma del menor. Declara este precepto que en caso de concurrencia de cualesquiera de las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho. Pues bien, tal previsión debe interpretarse en el sentido de que en tales casos, cuando proceda, el Fiscal promoverá en vía civil las medidas de protección previstas en la legislación civil (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, art. 763 LEC), o en su caso instará de la Entidad Pública de Protección de Menores la adopción de las medidas previstas en la LO 1/1996 y en los artículos 172 ss CC.

La que sí cabrá impetrar del Juez de Menores en estos casos en el expediente de reforma será la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del

apartado primero del artículo 28, conforme al que las medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, partiendo siempre de las limitaciones que impone el artículo 8 LORPM, que también tendrían efecto sobre el ámbito de la tutela cautelar, de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al CP, no podría imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente.

También podrán los señores Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC. Entre ellas, reiterando lo establecido en la Circular 1/2000, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

## VI.5 Aspectos procedimentales

El nuevo régimen de las medidas cautelares plantea varias cuestiones. En lo referente a la intervención de la acusación particular nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe I.2.

Cabe plantearse si la prórroga del internamiento cautelar mas allá de los seis meses ordinarios exigirá la celebración de comparecencia con asistencia del menor. Del contraste de los términos utilizados por el apartado segundo del artículo 28 (se refiere a la comparecencia para acordar el internamiento) con los utilizados por el apartado tercero del mismo precepto (exige instancia del Ministerio Fiscal y audiencia del Letrado del menor) la conclusión ha de ser la de que el régimen es distinto, flexibilizándose los requisitos procedimentales para acordar la prórroga, que por tanto no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado, aunque también –y con la misma matización– será preciso oír previamente al menor afectado. La flexibilidad en el abordaje procedimental de la prórroga es acorde con la necesidad de preservar el interés superior del menor, que podría quedar empañado con traslados constantes al Juzgado.

Deberán los señores Fiscales tener especialmente en cuenta que la solicitud de prórroga y la resolución habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario (*vid.* AAP Castellón secc. 3.ª, de 24 de junio de 2002), en aplicación de la doctrina sentada por el TC respecto a la prórroga de la prisión provisional (SSTC núm. 231/2000, 272/2000, 305/2000).

Debe también partirse de que la interposición del recurso de casación en interés de Ley no afecta a la firmeza de la sentencia dictada en apelación por lo que es ajustado a derecho declarar tal firmeza y acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia (STS núm. 115/2003, de 3 de febrero).

## VII. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

### VII.1. Competencia para el control de la ejecución de la medida de internamiento en centro penitenciario

Con anterioridad a la reforma de 2006 fue objeto de discusión la distribución de competencias entre el Juez de Menores y el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando

una persona condenada en la jurisdicción especializada de menores a medida de internamiento era trasladada a un Centro Penitenciario.

El artículo 8.5 RLORPM dispuso que si se ordena el cumplimiento de la medida de internamiento del menor en un centro penitenciario, la competencia para la ejecución de ésta será de la Administración penitenciaria, sin perjuicio de las facultades propias del juez de menores competente.

Tras la reforma, el nuevo apartado tercero del artículo 44 LORPM incorpora una regla de rango legal, estableciendo que cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria.

El principio básico ha de ser el de que el traslado del ejecutoriado a un Centro Penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 LORPM no exime a la Jurisdicción de Menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven.

El adecuado cumplimiento de las facultades conectadas con el principio de flexibilidad implicará pues la exigencia de la remisión periódica al Juzgado y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso modificar, sustituir o cancelar anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en Centro Penitenciario.

La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores. Partiendo del respeto a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía, debe en todo caso garantizarse que la actuación del Fiscal se realice desde la plenitud de conocimiento de las circunstancias concretas y evolución de quien cumple una condena impuesta conforme a la Ley Penal del Menor.

## VII.2 **Concurrencia de penas y medidas**

El artículo 47 apartado séptimo de la LORPM aborda el tratamiento de los supuestos en los que se solape el cumplimiento de una medida impuesta conforme a la LORPM con una condena a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal.

Conforme al artículo 47.7 párrafo primero cuando una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente aquéllas y éstas si fuere materialmente posible, atendida la naturaleza de ambas, su forma de cumplimiento o la eventual suspensión de la pena impuesta, cuando proceda.

Por tanto, la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien habiendo delinquido como menor ha continuado haciéndolo como adulto, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 LORPM.

Conforme al artículo 47.7 párrafo segundo no siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse. En este último

caso, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena.

En este segundo escenario (incompatibilidad de la sanción educativa impuesta conforme a la LORPM y de la pena impuesta conforme al CP) el Legislador se decanta por dar preferencia cuasi absoluta a la ejecución de la pena y correlativa extinción de la medida.

Por excepción, si la medida es de internamiento habrá de ejecutarse, pero en el Centro Penitenciario, para a continuación enlazar con la ejecución de la pena.

La regla sigue el hilo conductor trazado por el apartado quinto del artículo 14 para regular los supuestos en los que el responsable conforme a la LORPM hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario.

En este punto deben clarificarse algunas cuestiones que en el texto del artículo 47 no reciben un tratamiento expreso.

En primer lugar, aunque el artículo 47 se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento, sin distinguir modalidad y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado, pues sólo este tipo de medida privativa de libertad es susceptible de cumplirse en Centro Penitenciario, conforme a las previsiones del artículo 14 LORPM.

Por consiguiente, si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la Legislación penal de adultos.

Si concurren la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente aplicable la solución del artículo 47.7 en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de las que conforme a los artículos 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad de necesario cumplimiento.

Cuando la medida de internamiento en centro cerrado no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá optar por la cancelación de la medida (arts. 13 y 51 LORPM) dejando expedito el cumplimiento de la pena.

En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el Centro Penitenciario solamente devendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el Centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 LORPM.

No se arbitra expresamente una solución para el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven, obviamente ya mayor de edad, que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM. Los señores Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 LORPM. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad, dentro de los límites legales, de optar por la cancelación anticipada a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes.



### VII.3 Cese y sustitución de medidas

#### VII.3.1 CESE Y SUSTITUCIÓN ORDINARIAS

Es el supuesto previsto en el apartado primero del artículo 51, conforme al que durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley.

Este supuesto se acomoda perfectamente al previsto en el artículo 13.1 LORPM, que establece que el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

Acoge esta regla el denominado principio de flexibilidad en la ejecución, verdadera seña de identidad del Derecho penal de menores, cuya adecuada implementación distingue una ejecución ajustada a los postulados socializadores de esta rama del ordenamiento de un cumplimiento burocrático e irrespetuoso con el principio del superior interés del menor.

La flexibilidad en la ejecución ha de nutrirse de los informes que periódicamente vayan emitiendo los técnicos encargados de la ejecución, que aportarán los fundamentos para postular la cancelación, reducción o sustitución o, por contra, exigirán la continuidad en la ejecución. Lógicamente la flexibilidad se verá atemperada por la necesidad de respetar los tramos de seguridad establecidos para mayores de 16 años condenados por delitos de extrema o máxima gravedad.

Habrán pues los señores Fiscales de prestar especialísima atención a los informes que sobre la evolución de los menores vayan siendo emitidos durante la ejecución, de forma que en su caso, promuevan ante el Juzgado de Menores las modificaciones que mejor se adapten a su superior interés y al éxito del proceso educativo-socializador.

La redacción reformada del artículo 51.1 presenta una alteración esencial respecto de la redacción original. En efecto, la posibilidad de sustituir medidas en la redacción original se subordinaba al requisito cuantitativo de que la medida sustituta se impusiera por tiempo igual o inferior a la sustituida. Nada se decía en cuanto al requisito cualitativo, si bien se asumía que la medida sustituta debía ser de menor gravedad que la sustituida, por exigirlo así el principio de legalidad en la ejecución, que impide un cambio de medidas no contemplado en el título ejecutivo, en la sentencia, cuando el cambio suponga una mayor restricción de derechos. Tras la reforma 8/2006, al requisito cuantitativo, que se mantiene, se adiciona un requisito cualitativo, conforme al que cabrá la sustitución siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida.

Esta nueva redacción no debe entenderse en el sentido de que se introduce con carácter general la posibilidad de modificar en sentido agravatorio la medida impuesta en la sentencia. Los señores Fiscales, como pauta general, a salvo los supuestos expresamente previstos en la Ley, se abstendrán, pues, de interesar sustituciones *in peius* no contempladas en el título ejecutivo.

Debe en este punto recordarse la STC número 36/1991, de 14 de febrero, que sentó claras pautas interpretativas en relación con la posibilidad de modificar las medidas impuestas en reforma de menores. El TC parte de que en principio tal posibilidad no contraría el principio de legalidad penal, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Pero a continuación se establece una importante limitación: es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

### VII.3.2 REGRESIÓN AL INTERNAMIENTO CERRADO

El inciso primero del apartado segundo del artículo 51 introduce una regla novedosa: cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.

Esta regla, pese a que habilita para volver a un régimen más estricto de ejecución, no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de legalidad en la ejecución, en tanto opera sobre la base de una medida de internamiento cerrado, cuya ejecución se ha visto *ex post facto* atemperada. Ello no obstante, será conveniente que por los señores Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento cerrado en semiabierto o abierto, interesen expresamente que la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, haga expresa referencia a que la misma podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable. Tal indicación, además del plus de certeza y seguridad jurídica que añade, supondrá sin duda un reforzamiento en la ejecución y servirá de poderosa advertencia al menor ejecutoriado para que mantenga su buena disposición en el cumplimiento de la medida.

El Fiscal deberá intervenir imperativamente en este incidente. Su formal preterición fácilmente se supera acudiendo a las disposiciones generales definidoras del rol del Fiscal durante la ejecución (art. 44.1 LORPM).

### VII.3.3 CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO SEMIABIERTO EN CERRADO

El inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 introduce una habilitación aún más radical, que permite operar *in peius*. Se establece que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Aunque la lectura aislada de esta regla podría hacer despertar escrúpulos desde el prisma del principio de legalidad ejecutiva, del análisis conjunto de este precepto con las nuevas definiciones de la medida de internamiento en régimen cerrado y de internamiento en régimen semiabierto tales objeciones pueden superarse.

En efecto, conforme al artículo 9.1.a) el internamiento en régimen cerrado supone que las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, mientras que conforme al artículo 9.1.b) el internamiento en régimen semiabierto supone que las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

La línea divisoria entre una y otra medida se desdibuja y difumina a la vista del inciso segundo que se incorpora a la definición del internamiento semiabierto al artículo 9.1.b): la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

Por tanto, la propia medida contiene conceptualmente la simiente que puede generar una ejecución asimilada al núcleo del internamiento en centro cerrado.

También aquí los señores Fiscales, cuando interesen la imposición de una medida de internamiento en régimen semiabierto por hechos contemplados en el artículo 9.2 LORPM, interesarán expresamente que en la sentencia, en caso de que la misma sea condenatoria e imponga el internamiento solicitado, se haga expresa referencia a que la medida podrá ser sustituida por internamiento en régimen cerrado, si el menor evoluciona desfavorablemente. De nuevo, tal especificación en sentencia incrementa los niveles de certeza y seguridad jurídica del ejecutoriado al tiempo que supone una clara advertencia al mismo para que cumpla adecuadamente la medida de internamiento semiabierto.

Aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

#### VII.4 Designación de centros y menores integrados en bandas

La reforma 8/2006 contiene varias disposiciones a fin de incorporar previsiones específicas para el tratamiento de los menores integrados en bandas.

Por lo que hace a la fase de ejecución, el artículo 46.3 dedicado a la designación de Centros para ejecutar la medida de internamiento, mantiene incólume el régimen originario de la LORPM, conforme al que es la entidad pública la competente para designar el centro más adecuado para la ejecución, pero siempre de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso, previéndose que el traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida.

La reforma de 2006 establece una regla específica: en todo caso los menores pertenecientes a una banda, organización o asociación no podrán cumplir la medida impuesta en el mismo centro, debiendo designárseles uno distinto aunque la elección del mismo suponga alejamiento del entorno familiar o social.

En realidad se trata de una concreción *ope legis* de una de las causas que en base al propio interés del menor puede excepcionarse la regla de la designación del centro más cercano. Considera el legislador que en caso de integración en banda la regla

prioritaria debe ser la de la separación de los menores, aunque ello lleve a designar un centro más alejado.

Varias cuestiones se plantean. Debe en primer lugar aclararse si para aplicar esta regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 es necesario que la sentencia condenatoria haya apreciado la concurrencia de la circunstancia de la regla del artículo 9.2.c) LORPM (los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades).

La respuesta no debe ser sino negativa. La regla de interdicción de las bandas en los centros no trae causa en una sanción adicional por la pertenencia a estas organizaciones, ni supone una ejecución agravada por consecuencia de un plus de reproche penal. La filosofía que inspira a esta regla es la de evitar que la banda siga funcionando dentro del centro, con los graves efectos adversos que pueden generarse tanto para el éxito del tratamiento socializador y educativo del menor como para el buen orden regimental y la convivencia en el centro. Por ello, aunque tal circunstancia no se haya apreciado, si se tiene conocimiento de que puede producirse un reagrupamiento en el centro de menores integrados en una banda, podrán activarse las previsiones del artículo 46.3 LORPM.

Desde otra perspectiva, del hecho de que dos o más menores hayan sido condenados a una medida de internamiento apreciándoseles la regla del artículo 9.2.c) LORPM no necesariamente debe extraerse la consecuencia de que no puedan coincidir en un mismo centro, pues el supuesto de hecho del artículo 9.2.c) LORPM es mucho más amplio que el del artículo 46.3, que exige pertenecer a bandas, organizaciones o asociaciones. Cuando se trate de un supuesto simple de actuación aislada en grupo, sin existencia de banda o asociación, no habrá de dispersarse necesariamente a los menores condenados.

En cuanto a los aspectos procedimentales, esta nueva disposición, en tanto puede suponer una sobreañadida excepción a la regla general de cumplimiento en un centro de entre los más cercanos al domicilio del menor deberá entenderse sometida a los mismos cauces previstos para el traslado a otro centro distinto fundado en la conveniencia de ser alejado de su entorno familiar y social.

Consiguientemente –cuando el centro que se designe implique tal alejamiento– se requerirá la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida. El Fiscal habrá de ser oído antes del dictado de la correspondiente resolución (art. 41.1 LORPM), debiendo comprobar que efectivamente se dan los presupuestos fundadores de la designación.

## VII.5 Otras cuestiones

Tanto de algunos informes del Defensor del Pueblo (informe monográfico de octubre de 2002 e informes de 2003 y 2004) como de algunas Memorias de la Fiscalía General del Estado se desprende que aun no siendo una práctica generalizada, sino antes bien, supuestos aislados, se han detectado casos en los que en centros destinados a protección han sido ingresados menores para el cumplimiento de medidas impuestas conforme a la LORPM.

Tales prácticas, pese a su incidencia puntual, deben ser erradicadas, pues las mismas se oponen tanto a lo dispuesto en el artículo 54.1 LORPM (las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores) como en el artículo 21 LO 1/1996, de 15 de enero, que acoge el

principio de especialización en la estructuración y funcionamiento de los centros de protección de menores.

Como antecedente clarificador de la clara voluntad del legislador de evitar la confluencia de menores procedentes de reforma y de protección en un mismo centro cabe mencionar que el Proyecto de LORPM aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de octubre de 1998, en su artículo 54, autorizaba la ejecución en centros de protección al establecer que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros destinados al acogimiento residencial de menores, que prevé la legislación civil, cuando las circunstancias personales del menor así lo aconsejen, de acuerdo con lo establecido en esta Ley». En su tramitación parlamentaria se dejó sin efecto esta previsión, despejando el principio de separación entre menores protegidos y menores sometidos a medidas impuestas conforme a la LORPM.

A tales efectos, los señores Fiscales se opondrán a cualquier decisión que suponga el ingreso de menores infractores en centros de protección de menores y a la vez, a decisiones que supongan el ingreso de menores en régimen de protección en centros de reforma. Únicamente cabrá excepcionar este principio en el supuesto en el que legalmente está expresamente previsto (*vid.* art. 54.2 LORPM, conforme al que las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. En todo caso se requerirá la previa autorización del Juez de Menores).

También será admisible esta concurrencia cuando exista en el centro una completa y total separación de módulos dedicándose éstos al tratamiento de unos y otros menores. Esta última modalidad –que debiera en la medida de lo posible evitarse–, habrá de motivar una especial vigilancia de los señores Fiscales, para asegurar que la separación sea total.

## VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### VIII.1 Cuestiones generales

La LO 8/2006 ha abordado la reforma del título VIII de la Ley dedicado a la responsabilidad civil, pero incidiendo exclusivamente en sus aspectos procesales, no modificando ningún aspecto sustantivo, pese a que ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación. El informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005, advirtió, sin éxito, que el sistema de responsabilidad solidaria en cascada del artículo 61, cuya oscuridad ha dado lugar a una jurisprudencia del menor absolutamente contradictoria, debería superarse con un criterio de imputación claro para seleccionar cuál o cuáles de los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores, guardadores) debe responder junto con el menor.

Nos centraremos por ello en los aspectos procesales, en los que ciertamente la modificación es de gran trascendencia.

La clave de bóveda de la reforma descansa en la sustitución de la pieza separada como proceso civil paralelo al penal por el sistema de acumulación de la acción civil

a la penal, en términos similares al del proceso de adultos, aunque tampoco se llega a sus últimas consecuencias, pues se mantiene la pieza separada como soporte para la personación de los perjudicados.

Esta opción, que se ensaya tras el fracaso del sistema anterior, aporta sin duda un plus de complejidad a la tramitación del expediente principal, porque implica la participación necesaria en el mismo de nuevas partes, teniendo sobre todo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos, en el que lo usual es que el responsable civil y el acusado coincidan, en el proceso de menores habrá normalmente, además del menor, como mínimo, otro responsable civil. Además, la adición de la pretensión civil a la tramitación de la pretensión sancionadora-educativa implica sin duda un riesgo de generar dilaciones procesales.

Ya el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005, advertía del riesgo de que se desplace el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo más sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, en favor del interés de la víctima, centrado en el reconocimiento de su derecho de indemnización en un procedimiento lo más cómodo posible.

La celeridad es vital en la justicia de menores, hasta el punto de que ha sido especialmente incorporada a los principales instrumentos internacionales sobre la materia.

Conforme al artículo 40.2 de la Convención de los Derechos del Niño, es obligación de los Estados parte el garantizar en el proceso de menores «que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente». En el mismo sentido, el Consejo de Europa, en el punto cuarto de su recomendación número R (87) 20, postula el «asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz». Por su parte, la regla 20 de las Reglas de Beijing dispone que «todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias». La importancia de este principio es tal que se recoge por un texto general como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 cuyo artículo 10.2.b) dispone que los menores procesados—deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

La cualificada importancia de este principio en la justicia de menores radica en la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta). Si la respuesta se dilata en el tiempo los objetivos perseguidos pueden quedar incumplidos o puede incluso incurrirse en intervenciones inútiles o contraproducentes. La psicología pone de manifiesto cómo el menor vive el transcurso del tiempo de forma radicalmente distinta al adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos.

La reciente STC número 153/2005, de 6 de junio, resalta la especial relevancia que tiene la celeridad en el proceso penal de menores al declarar que la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir, además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello, las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter repressivo, sino que han de dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pre-

tendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir.

El principio de celeridad ha sido santo y seña para las Secciones de Menores de las Fiscalías, que año tras año en sus Memorias plasmaban los esfuerzos realizados para reducir los tiempos de respuesta.

Por todo ello, la nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible.

Habrán los señores Fiscales de evitar que la irrupción de la acción civil en el proceso principal de menores se transmute en un caballo de Troya que introduzca elementos distorsionantes en la filosofía que debe presidir la justicia juvenil. Como pauta general los señores Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo más sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, se vea perturbado por la acumulación de acciones.

### VIII.2 Legitimación del Fiscal

La dimensión del rol del Fiscal como protector de la víctima y en concreto, como promotor de acciones para resarcirlas civilmente, en particular en el proceso de menores ha sido recientemente subrayada por el ATC número 275/2005, de 22 de junio, al declarar que la reparación de los daños causados por un hecho que podría ser constitutivo de infracción penal puede perfectamente calificarse de interés público, pues se trata de restablecer la situación fáctica alterada mediante la infracción del ordenamiento, y, constituye una forma más de defender los derechos de los ciudadanos, aunque de la configuración del ejercicio de la acción civil por el Fiscal en los artículos 61 y 64 LORPM en absoluto deriva que el Fiscal actúe sujeto a las instrucciones de los perjudicados, con pérdida de su independencia e imparcialidad.

La legitimación del Fiscal no sufre variación: como regla general habrá de ejercitar la acción civil y como excepción no la ejercitará cuando el perjudicado renuncie a ella, cuando la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil y cuando se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil. La reforma 8/2006 ratifica esta norma al establecer en el párrafo 3, inciso último, del artículo 4 LORPM, que se les informará (a las víctimas y perjudicados) de que de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

A la vista del nuevo modelo acumulado de ejercicio de acciones, habrá de entenderse sin efecto la autorización que para desistir del ejercicio de la acción civil se contenía en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, para casos de manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación, o en supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él, o incluso de ínfima cuantía de los daños causados.

Por tanto, salvo renuncia, reserva o ejercicio por el perjudicado, los señores Fiscales habrán de ejercitar junto con la pretensión sancionadora, la acción civil derivada de los hechos delictivos por los que se siga el procedimiento.

### VIII.3 Legitimación del perjudicado y requisitos de postulación

Cuando las cualidades de ofendido y de perjudicado concurren –como es habitual– en una misma persona, podrá ésta personarse como acusador particular o como actor civil, o en ambos conceptos.



Cuando se persone un ofendido como acusación particular expresando –explícita o implícitamente– al mismo tiempo su voluntad de personarse también para ejercitar las acciones civiles que le correspondan, habrá de tenerse por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

Los señores Fiscales habrán de procurar que el ofrecimiento de acciones a ofendidos y perjudicados se realice lo antes posible, debiendo tenerse presente que la práctica tardía de esta diligencia puede generar una lesión al derecho a la tutela efectiva. También habrán de procurar los señores Fiscales de evitar, mediante una efectiva coordinación con el Juzgado de Menores, que el trámite no se duplique, conforme a las pautas ya señaladas en el epígrafe I.

En lo que hace a los requisitos de postulación ha de partirse de que se suprime la regla 11 del original artículo 64, que disponía que en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero si fuera solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquél.

Será por tanto necesario que actor y responsable civil actúen por medio de Letrado.

Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil.

#### VIII.4 Inadmisión a trámite de la denuncia

El Fiscal, como órgano encargado de la instrucción, puede, motivadamente, decretar el archivo conforme al apartado segundo del artículo 16, cuando entienda que los hechos no tienen trascendencia penal, cuando no exista autor conocido o cuando, por aplicación supletoria de la LECrim, los mismos sean manifiestamente falsos.

En estos casos no cabrá la tramitación de acciones civiles en el ámbito de la jurisdicción de menores. Ello no obstante, los señores Fiscales tendrán especial cuidado en notificar la resolución recaída a quien aparezca como denunciante (arts. 16.2 *in fine*, art. 4 párrafo 5 LORPM, art. 270 LOPJ y artículo 779.1.1.ª LECrim, a fin de posibilitar al mismo tener un conocimiento cabal del destino de su denuncia y, eventualmente, promover el ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil.

#### VIII.5 Principio de oportunidad

El desistimiento previsto en el artículo 18 LORPM presupone la puesta en conocimiento al Fiscal de hechos con trascendencia penal, y se fundamenta en el interés superior del menor. El desistimiento precisamente se distingue porque parte de la inexistencia de óbices para tramitar el proceso penal. Estas bases configuradoras explican la peculiaridad del sistema original de la LORPM, que preveía para estos casos la continuación de la tramitación de la acción civil, siendo entonces además técnicamente posible en tanto el procedimiento para el resarcimiento encontraba un cauce autónomo en la pieza separada. Tras la reforma de 2006, desaparecido ese cauce autónomo, el tratamiento procesal de la acción civil en caso de desistimiento ha de ser radicalmente distinto. Así, el nuevo artículo 18 suprime la referencia que contenía el

texto original a que lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

En tanto el desistimiento trunca la posibilidad de la víctima de ser indemnizada en el curso del proceso de menores deberá venir acompañado por un escrupuloso cumplimiento de la obligación de poner tal finalización en su conocimiento.

La preocupación por evitar todo atisbo de indefensión y revictimización de los perjudicados se refleja en la duplicidad en que incurre el legislador de 2006 al exigir en dos preceptos distintos la notificación. El inciso segundo del párrafo primero del artículo 18 LORPM establece que el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado. A su vez, el nuevo artículo 4 LORPM en su párrafo sexto declara que, en especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18, desista de la incoación del expediente, deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados, haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

El artículo 19.2, al regular las soluciones extrajudiciales, es modificado por la reforma 8/2006. En la redacción original de la LORPM se establecía que estas soluciones lo eran, en todo caso, sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley. Conforme a la nueva redacción la solución extrajudicial lo es sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

No es precisamente clara la disposición, pero una interpretación sistemática de la misma necesariamente lleva a la conclusión de que archivado el expediente conforme a las previsiones del artículo 19 LORPM cualquier cuestión relacionada con la responsabilidad civil habrá de ser planteada ante la jurisdicción civil, incluso si la *quaesitio* litis se refiere a la trascendencia civil de la reparación extrajudicial realizada en el seno del expediente de menores.

Idéntico tratamiento habrá de darse cuando el expediente finalice por un archivo fundamentado en las demás habilitaciones para la utilización de criterios de oportunidad contenidas en el artículo 27.4 LORPM.

De nuevo habrá de cuidarse de que –en este caso el Juzgado, que es el que adopta el acuerdo de sobreseimiento– se notifique al perjudicado la resolución y se le advierta de la posibilidad de reclamar por sí en vía civil.

En cuanto a la posibilidad de que desde Fiscalía se expidan copias de las actuaciones para que los perjudicados que se reserven las acciones civiles puedan preparar su demanda civil, habrán de mantenerse los criterios establecidos en el epígrafe III de la Instrucción 3/2004 sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía. Este régimen habrá de entenderse aplicable tanto en los supuestos en los que el Fiscal desista (art. 18 LORPM) como cuando archive en fase de diligencias preliminares (art. 16 LORPM). Si los sobreseimientos y archivos son acordados por el Juzgado, a dicho órgano jurisdiccional competará en su caso la expedición de testimonios.

### VIII.6 Incoación del expediente

La incoación del expediente marca el inicio del procedimiento a efectos civiles. La regla 1.ª del artículo 64 LORPM dispone que tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

Una primera salvedad debe hacerse: en tanto no todos los hechos con trascendencia penal generan responsabilidad civil, para evitar actuaciones inútiles no procederá tal apertura cuando claramente pueda inferirse esa inexistencia de daños y perjuicios reclamables. A tales efectos deberá el Fiscal hacer constar esta circunstancia en el parte de incoación, interesando expresamente que no se proceda a la apertura de la pieza.

En segundo lugar, y retomando la necesidad de evitar la duplicidad de notificaciones, dentro de esa necesaria coordinación a tales efectos entre Fiscalía y Juzgados, se tenderá preferentemente a que la notificación al perjudicado para que pueda personarse se realice exclusivamente por el secretario judicial. A tales efectos, también el parte de incoación deberá expresar la identidad de quienes hasta ese momento aparezcan como tales de lo instruido, interesando que por el secretario judicial se proceda a la notificación.

En tercer lugar, en cuanto al plazo de personación, una lectura combinada del artículo 64.2 con el artículo 61.1 LORPM parece llevar a la conclusión de que el plazo límite es el de un mes. Sin embargo, tal determinación del plazo límite que tenía su sentido cuando el procedimiento de responsabilidad civil se tramitaba autónoma y paralelamente al penal, pierde su significación en el nuevo sistema de acumulación. La Circular 1/2000 flexibilizaba la exégesis del plazo, entendiendo que nada obsta a que en atención a las circunstancias concurrentes el Juez pueda establecer un plazo de duración superior. Pero debe negarse, en virtud del principio *pro actione*, la posibilidad de que se señalen plazos inferiores al del mes que preconiza el artículo 61. En el nuevo sistema tal flexibilización debe incrementarse, no existiendo técnicamente obstáculos –y siendo desde el punto de vista de protección de la víctima preferible– para hacer coincidir la finalización del plazo de personación con el momento inmediatamente anterior a la formulación de los escritos de alegaciones. Esta interpretación también permitirá ubicar el dictado del auto por el que el Juez determina las partes civiles en un momento procesal en el que habiéndose determinado los hechos objeto de enjuiciamiento, puedan fácilmente salvarse escollos que de otro modo generarán problemas con relativa frecuencia (preterición de partes, inclusión de personas que finalmente no van a tener tal carácter por haberse sobreesido los posibles hechos delictivos inicialmente imputados, etc.).

Debe también mantenerse la pauta de la Circular 1/2000 conforme a la que los perjudicados que no hayan sido notificados de la apertura de la pieza podrán personarse en cualquier momento hasta la fase de audiencia inclusive, transcurrida la cual y pendiente únicamente la sentencia sólo les quedará –como regla general– el derecho de acudir a la vía civil ordinaria.

Debe por último tenerse presente que aunque se mantiene la regla del artículo 61, apartado segundo, conforme a la que se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados, la misma podrá entenderse, desactivada la configuración de la pieza como procedimiento autónomo, en el sentido de que si en el mismo expediente penal se conoce de varios hechos conexos, la pieza separada para posibilitar la personación habrá de ser única. Esta solución, que ya se sugirió en la Circular 1/2000 se ve ahora sólidamente cimentada con la nueva dimensión funcional de la pieza.

### VIII.7 Escrito de personación

Se mantiene la regla contenida en la versión original de la LORPM conforme a la que en el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables

de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

Deben también hacerse algunas precisiones: en primer lugar, como ya se ha expuesto el ofendido no precisará de dos actos autónomos de personación, por lo que deberá entenderse que bastará con que en el escrito en el que se persona como acusación particular exprese su voluntad de ejercitar también la acción civil.

El Fiscal, por su parte, tampoco precisará de un escrito específico. El ejercicio de la acción civil, concurriendo los requisitos legales es imperativo *ope legis*, por lo que en principio la propia remisión del parte de incoación implica su personación. En todo caso, no está de más que en dicho parte se exprese el propósito del Fiscal de ejercitar la acción civil para el caso de que el perjudicado no se persone, no renuncie o no se la reserve. A la inversa, si de lo actuado el Fiscal ya tiene decidido no ejercitar la acción civil (porque ya le conste la personación, renuncia o reserva del perjudicado, porque no se desprendan de los hechos responsabilidad civil o porque considere en las condiciones expuestas *supra* que es improcedente tal ejercicio) también deberá hacerlo constar en el parte de incoación.

En segundo lugar, la exigencia de que se haga constar la indicación de las personas contra las que se pretende reclamar habrá de interpretarse, por razones obvias –puede no conocerse en las fases iniciales del expediente– y por permitirlo el propio precepto –habla de indicación genérica– con la máxima elasticidad.

#### VIII.8 Determinación judicial de las partes civiles

La regla 4.<sup>a</sup> del artículo 64 dispone que una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.

Por las razones apuntadas *supra*, teniendo en cuenta que no se establece un plazo cerrado para el dictado de este auto y a la vista de que la propia esencia de la actividad instructora implica que pueden aparecer nuevos perjudicados y nuevos responsables civiles mientras se estén practicando diligencias, podrá deferirse tal decisión a la propia fase intermedia, con la instrucción ya concluida. De esta forma podrán evitarse un buen número de pretericiones y errores. En realidad, este es el momento natural para tal decisión, pese a que el legislador, quizás por mera inercia, ha mantenido la regla prevista originariamente para la pieza configurada como procedimiento separado.

#### VIII.9 La instrucción y las diligencias para preparar el ejercicio de la acción civil

La fase de instrucción ha de servir también para determinar los presupuestos subjetivos (identificación de perjudicados y responsables) y objetivos (preexistencia de objetos sustraídos o dañados, extensión de los daños, informes de sanidad, incorporación de pólizas de seguro, etc.) para el ejercicio de la acción civil.

Esta conclusión puede fundarse en la cláusula genérica del artículo 4 LORPM, en tanto establece que los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga. Nótese que el precepto no distingue entre acusador particular o actor civil, pues se refiere a víctimas y perjudicados, y tampoco hace distinciones entre fase de instrucción o fase de audiencia, por lo que ha de entenderse que tanto el acusador particular (si ejercita simultáneamente la acción civil) como el actor civil pueden interesar durante la fase de

instrucción la práctica de diligencias tendentes a posibilitar el ejercicio exitoso de la acción civil. Ni que decir tiene que también podrá el Fiscal instructor (en tanto no se haya producido renuncia, reserva o personación de todos los perjudicados) practicar de oficio diligencias de este tipo. También *a fortiori*, por aplicación supletoria de los artículos 776.3 y 320 LECrim cabrá alcanzar la misma conclusión. Por ello, si la víctima se persona ejercitando exclusivamente la acción civil habrá de limitarse a solicitar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de la pretensión resarcitoria.

#### VIII.10 Escrito de alegaciones y ejercicio de acción civil

El Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 en la nueva redacción dada por LO 8/2006 ha de incluir dentro del escrito de alegaciones la exigencia de responsabilidad civil. Tal inclusión operará cuando además de haberse generado responsabilidad civil, no se haya producido reserva, renuncia o ejercicio por el propio perjudicado. A tales efectos el Fiscal habrá de proceder antes de redactar sus alegaciones a tomar conocimiento de las vicisitudes de la pieza separada de responsabilidad civil.

También serán aplicables para determinar el contenido de los escritos de alegaciones de las partes civiles, el artículo 650.2 *in fine* así como el artículo 781.1 LECrim, conforme al que se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

El artículo 31 reformado prevé que una vez recibido el escrito de alegaciones con el expediente, se dé traslado a las partes civiles para que formulen sus escritos de alegaciones. El secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes y evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

Conforme a los artículos 651 en relación con el artículo 650 LECrim las conclusiones del actor civil deben extenderse únicamente a 1.º, la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida y 2.º, la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

Una eventual falta de contestación por parte de las personas contra las que se dirija la acción civil no tendrá mas trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

Los señores Fiscales, valorando el material acumulado en la instrucción y el auto del Juzgado de Menores determinando los perjudicados y responsables, decidirá en favor de quien, en qué cuantía y contra qué personas ejercerá las acciones civiles, en el bien entendido que lo resuelto en el auto provisional del Juzgado no puede vincularle, de manera que inexorablemente tenga ejercer acciones a favor y contra las personas determinadas en el auto, pues la decisión del Fiscal de ejercitar acciones (sean penales o civiles) tiene su propio ámbito autónomo. No obstante, si en el auto se han omitido perjudicados o potenciales responsables civiles, habrán de interponerse los correspondientes recursos para evitar eventuales nulidades.

El apartado tercero del artículo 30 LORPM dispone que en todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles. El precepto no aclara a qué efectos son llamadas estas personas. Desde luego, es improcedente atribuirles automáticamente la cualidad de testigos a éstos. Tampoco puede aceptarse una interpretación que suponga la atribución sin más al perjudicado la cualidad de parte personada, pues el mismo puede ejercitar la acción civil y puede, por el mero hecho de no reservarse la acción ni renunciar, conferir automáticamente tal función al Ministerio Fiscal. Por ello, si no es necesario el testimonio del perjudicado, al hacer este llamamiento deberá interesarse que se comunique al mismo su carácter voluntario, a fin de evitar –de nuevo– efectos revictimizantes.

Realmente, interpretada esta regla de acuerdo con la finalidad que claramente persigue, lo que se busca es que el perjudicado tenga en todo caso cabal conocimiento del día y hora de celebración del acto de audiencia, para que, si lo desea –aunque no se haya constituido como parte ni sea necesario su testimonio– pueda asistir a la audiencia, como acto central del proceso.

#### VIII.11 Conformidad y responsabilidad civil

Las Memorias de la Fiscalía General del Estado han puesto reiteradamente de manifiesto los efectos positivos de llegar, siempre que sea posible y con pleno respeto a la legalidad y a los derechos del menor imputado, a la conformidad, con el fin de garantizar un más rápido inicio de la ejecución, teniendo presentes los efectos positivos de una ejecución pacífica, así como la eficacia educativa de una responsabilidad asumida. Habrá, pues, de procurarse en la medida de lo posible que la acción civil acumulada no suponga una perturbación grave a la consecución de conformidades.

Los artículos 32 y 36 LORPM al regular la conformidad prevén la posibilidad de alcanzar un pacto en lo referente al aspecto penal aunque no se llegue a acuerdo en los aspectos civiles, limitando el objeto de la audiencia a estos últimos extremos.

En estos casos habrá de entenderse que los aspectos penales pueden comenzar su ejecución aun cuando los aspectos civiles no hayan podido enjuiciarse o los pronunciamientos de la sentencia hayan sido objeto de recurso.

#### VIII.12 Celebración de la audiencia

Las partes civiles tienen reconocida legitimación en relación exclusiva a su ámbito funcional tanto para participar en las cuestiones previas (art. 37.1 LORPM), práctica de la prueba e informes finales (art. 37.2 LORPM).

#### VIII.13 Sentencia y recursos

Las partes civiles sólo podrán recurrir la sentencia en cuanto pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hayan reclamado o que les hayan sido reclamadas, conforme resulta de la aplicación supletoria del artículo 854 LECrim.

Cuando el recurso que se interponga afecte sólo a los pronunciamientos civiles de la sentencia, procederá –como se apuntó *supra*– declarar la firmeza de los pronunciamientos penales, con el fin de que la ejecución de las medidas no se demore más de lo estrictamente necesario. La STC núm. 4/1982, de 8 de febrero, admite por lo demás esta firmeza parcial de la sentencia.

Por último ha de señalarse que los pronunciamientos civiles no pueden ser atacados por medio del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42 LORPM).

#### VIII.14 Ejecución de los pronunciamientos civiles

La ejecución habrá de llevarla a cabo de oficio el Juzgado, debiendo entenderse sin efecto las disposiciones de la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre en cuanto consideraba que era necesario instar la ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil y de que no era posible la ejecución de oficio por el Juzgado de Menores.

En efecto, la reforma de 2006 incide directamente en los fundamentos que motivaron la solución aportada por la referida Consulta. La Consulta declaraba que la remisión a las disposiciones de la LECrim no puede tener otra interpretación, dada la claridad de los términos empleados por el legislador, que la de entender aplicables en materia de ejecución las normas contenidas en el Libro III, título III de dicha LECrim, de naturaleza, obviamente, procesal. Hay que considerar que la sentencia definitiva recaída en la Pieza Separada de Responsabilidad Civil constituye un auténtico título ejecutivo (art. 517 LEC). Con base en él, sólo se despachará ejecución a petición de parte, tal y como señala el artículo 549 LEC. En tanto se suprime tal referencia a la LEC, decae la necesidad de petición de parte para iniciar la ejecución.

Esta opción es, por lo demás, mucho más favorable para los intereses de la víctima, a cuya protección se consagra la reforma 8/2006. Debe en este punto destacarse la afirmación contenida en la STC núm. 230/1991, de 10 de diciembre, conforme a la que no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil, está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria.

En caso de recurso será admisible también, aplicando supletoriamente el artículo 989 LECrim, ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre responsabilidad civil.

#### VIII.15 Medidas cautelares

La LORPM se limita a regular las medidas cautelares penales, no dedicando ninguna disposición a las medidas cautelares civiles. Habrán de entenderse aplicables, conforme a la Disposición Final Primera, las normas sobre fianzas y embargos contenidas en los artículos 589 a 614 y 764 LECrim. Las pretensiones cautelares deberán encauzarse a través de una pieza separada [art. 590 y 785.8ª b) LECrim] a tramitar por el Juez de Menores.

La competencia, por tanto, para adoptar medidas cautelares civiles corresponderá al propio Juez de Menores, siendo la atribución del Fiscal en este punto la de impetrar su adopción cuando proceda y siempre que no se hubiera personado como actor civil el perjudicado, pues desde ese mismo momento dejaría de tener el Fiscal legitimación para promover tanto la tutela declarativa como consiguientemente, la ejecutiva y la cautelar en relación con cuestiones relativas a la responsabilidad civil.

Será admisible adoptar como medida cautelar la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad en relación con inmuebles de los progenitores del menor responsable (AAP Valencia 30 de octubre de 2002).



En ningún caso podrá exigirse caución al Ministerio Fiscal, que no pierde su carácter público por razón de la acción que ejercita, pues que de oficio tiene encomendado el ejercicio de ambas ante la jurisdicción penal ordinaria y la de menores (AAP Valencia sec. 5.ª de 5 de abril de 2004).

#### VIII.16 Sentencia absolutoria y responsabilidad civil

Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los núms. 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil, conforme al artículo 119 CP

Tampoco cabrá el dictado de una condena civil en los supuestos de sobreseimiento provisional o libre (art. 641 y 637 LECrim), archivo por prescripción o sobreseimiento por ilocalización del imputado.

#### VIII.17 El respeto a la confidencialidad y a la reserva

La regla 5.ª del artículo 64, de nueva planta, establece que la intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

La lectura del precepto revela la preocupación del legislador por el reforzamiento de la reserva con que debe manejarse el informe del Equipo Técnico. Ello no obstante, habrá de tenerse presente que algunos de los datos obrantes en el mismo sí son relevantes para el ejercicio de la acción civil, especialmente los relativos a identidad de progenitores y a si han existido con anterioridad a los hechos intervenciones por parte de la Entidad Pública de Protección de Menores, por lo que en ningún caso podrá privarse a las partes de la consulta de tales extremos, con las cautelas que cada caso requiera. Por lo demás debe recordarse, como se analizó *supra*, que la acusación particular debe también tener acceso a tal informe. Todo ello debe entenderse sin perjuicio del riguroso respeto del principio de confidencialidad y reserva, en protección de la intimidad del menor infractor, de su familia y también de los demás menores que como víctimas o simples testigos pudieran tener intervención en el expediente.

### IX. OTRAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES

#### IX.1 Celebración de la audiencia en ausencia del menor imputado

Pese a que el Informe del Consejo Fiscal advirtió de la imperiosa necesidad de abordar legislativamente esta cuestión atendiendo a la división de criterios generada por una disposición legal poco clara y a la inexistencia de jurisprudencia uniforme, el legislador no ha considerado oportuno regular este supuesto.

El silencio del legislador hace aún más necesario al menos desde la perspectiva del órgano de prosecución penal disponer de unos criterios unificados de actuación.

A tales efectos y actualizando las pautas diseñadas por la Circular 1/2000 –que admitía la celebración en ausencia con carácter excepcional–, los señores Fiscales deberán partir de que precisamente en orden a proteger el superior interés del menor debe ser admisible la celebración del juicio en ausencia para evitar dilaciones indebidas y retrasos en el inicio del tratamiento educativo y socializador del infractor, para prescindir en algunos casos de la adopción de medidas cautelares, para neutralizar la revictimización de los ofendidos generada por continuas suspensiones, y para eludir el posible daño a la Justicia derivado de un decaimiento de las fuentes de prueba.

Los fundamentos de la admisibilidad del enjuiciamiento *in absentia* se encuentran en primer lugar en que la LORPM ni la prohíbe ni la regula, por lo que serían aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas al respecto en la LECrim, que por lo demás no contrarían ningún principio estructural de la jurisdicción de menores. En el seminario de Jueces de Menores celebrado en Madrid en octubre de 2002, se consideró admisible esta posibilidad declarándose en la conclusión V.28 que es posible que, en los casos de incomparecencia reiteradas del menor a la audiencia con pluralidad de testigos, se le pueda advertir en la citación de que, en caso de no comparecer, se podría celebrar en su ausencia, siempre que la medida solicitada para él por el Ministerio Fiscal no exceda de un año de privación de libertad, por aplicación supletoria del artículo 793.1 LECrim.

El precedente jurisprudencial de mayor entidad en esta materia viene constituido por el Auto del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1999, rec. 2865/97, que vino a establecer que la ausencia del menor no vulnera por sí sola su derecho a la tutela judicial efectiva. En el fundamento de derecho séptimo declara el Alto Tribunal que «...resulta claro que, desde la perspectiva constitucional, no se produjo en este caso la indefensión denunciada. En efecto, los recurrentes ni siquiera discuten que los menores no hubieran sido convocados al acto de la audiencia, sino que lo aceptan expresamente. Luego, su incomparecencia se debió al desinterés o a la falta de diligencia de ellos o de sus padres como representantes. En consecuencia, no procede imputar al juzgado lo que sin duda corresponde asumir a los propios recurrentes de amparo. Por lo demás, los intereses de los menores estuvieron defendidos debidamente en los diferentes momentos del proceso: en la instancia, el letrado que asumía su defensa y que era el padre de uno de ellos estuvo presente y pudo formular protestas y toda clase de alegaciones; y también quedó garantizado un juicio de segunda instancia, puesto que se interpuso un recurso de apelación, que fue tramitado y resuelto, sin que ni siquiera los recurrentes le achaquen algún defecto que produjera indefensión. Se han cumplido así las exigencias requeridas para los juicios de faltas y que *mutatis mutandis* son aplicables al proceso reformador de menores; es decir, se ha garantizado suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio mediante la oportuna citación previa, así como en cualquier caso la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal o, en este supuesto, frente a la imposición de una medida de seguridad».

Aun sin desconocerse el posible efecto pedagógico derivado de la presencia del menor infractor en el acto del enjuiciamiento, no puede olvidarse que el contenido educativo por excelencia se contiene en la medida a imponer, mucho más que en cualquier acto procesal, ontológicamente instrumental.

Para poder instar la celebración del juicio en ausencia será en todo caso necesario que el menor sea advertido personalmente de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no comparece, que el Fiscal lo solicite expresamente y que existan, a criterio del Juez, elementos suficientes para el enjuiciamiento, debiendo en todo caso ser

oída la defensa. La medida que se solicita no deberá sobrepasar en ningún caso los dos años cuando sea privativa de libertad o los seis años, cuando sea de distinta naturaleza, según la nueva redacción del artículo 786.1 LECrim.

A tales efectos, el Fiscal instructor advertirá al menor de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no comparece, conforme al artículo 786 LECrim, requiriéndole para que designe un domicilio en España, a efectos de notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 775 LECrim.

También habrá de exigirse, como hace la SAP Vizcaya, sec. 1.ª, núm. 47/2005, de 8 de septiembre que el menor haya sido oído durante la instrucción.

Igualmente habrán de entenderse aplicables las disposiciones sobre el recurso de anulación del artículo 793.2 LECrim, complemento indispensable de una regulación garantista de los juicios *in absentia*.

Los señores Fiscales serán especialmente prudentes a la hora de interesar tal enjuiciamiento en ausencia cuando la medida que se interese sea privativa de libertad.

## IX.2 Designación del letrado defensor en sede de Fiscalía

Tras insistentes peticiones de las Secciones de Menores de las Fiscalías, la LO 8/2006 ha enmendado el sistema de designación del Letrado defensor a través del Juzgado de Menores establecido en la original redacción de la LORPM. Así, el nuevo párrafo 2 del artículo 22 determina que este letrado defensor se designará en sede de Fiscalía.

Deben en este punto recordarse los criterios establecidos en la Consulta núm. 4/2005, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso de menores, de forma que el menor al que se impute una falta y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores sin estar detenido y sin que se haya incoado formalmente aún expediente de menores puede, asistido de sus representantes legales, renunciar al derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio. Una vez incoado expediente de menores, la asistencia Letrada es imperativa, aunque los hechos sean constitutivos de mera falta. El menor al que se impute un delito y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores ha de estar necesariamente asistido por Letrado, aunque no esté detenido y aunque no se haya incoado aún expediente de menores.

Por ello, en caso de Diligencias preliminares por hechos constitutivos de faltas, los señores Fiscales informarán previamente al menor y a sus representantes legales del carácter facultativo de la asistencia letrada en la exploración y sus consecuencias, así como las características de la designación de letrado por turno de oficio y los beneficios de justicia gratuita, de manera que los justiciables conozcan que si no reúnen los requisitos reguladores de la obtención de la justicia gratuita deberán abonar los honorarios de los letrados de oficio.

En los demás casos de exploración de menores, si el menor no viene acompañado de Letrado particular y está conforme con el Letrado de oficio que le asiste en esa primera declaración, se procederá, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 22 de la LORPM, a requerir al mismo y a sus representantes legales para que quede designado en ese momento, advirtiéndoles que, de no hacerlo en el plazo de tres días, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados, pudiendo indicarse por parte de la Fiscalía a este último la conveniencia al interés del menor de que sea designado el mismo letrado que asistió inicialmente al menor.

### IX.3 Protección de testigos menores de edad

La reforma 8/2006 modifica también la LECrim para introducir cláusulas en salvaguarda de los derechos de los testigos menores. Aunque tales previsiones están en principio preordenadas al procedimiento penal de adultos, ninguna duda plantea su aplicabilidad al proceso penal de menores, a la vista de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Final primera de la LORPM y teniendo en cuenta que su aplicación está en perfecta armonía con los principios que inspiran el Derecho Penal Juvenil. De hecho, la práctica diaria pone de manifiesto que en el proceso penal de menores también las víctimas y los testigos en un alto porcentaje son menores de edad. Los señores Fiscales cuidarán de garantizar que tales disposiciones preordenadas a minimizar los perturbadores efectos de los procesos de victimización secundaria tengan plena aplicación, pues su función genérica de protector de los derechos de los menores también debe proyectarse sobre los testigos menores, sean o no víctimas de los delitos.

En particular habrá de velarse por el cumplimiento *–mutatis mutandis–* de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 433 LECrim, conforme al que toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración y el último párrafo del artículo 448 LECrim que en relación con la preconstitución probatoria dispone que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

También serán de aplicación, en relación con el modo de practicar las pruebas en el acto del juicio oral el novedoso último párrafo del artículo 707 LECrim que establece que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba y el artículo 731 bis LECrim en cuanto dispone que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Debe en este punto también recordarse la aplicabilidad de la Ley de Protección de Testigos y la legitimación del Fiscal para adoptar por sí las previsiones legales durante la fase de instrucción, tal como admitió la Instrucción 10/2005.

### IX.4 Actuaciones interruptoras de la prescripción

Otra cuestión que ha generado dudas es la de si a las actuaciones de la Fiscalía durante la fase de instrucción deben reconocérseles efectos interruptivos de la prescripción. Los señores Fiscales habrán de partir de que efectivamente cabe atribuir tales efectos a sus actos instructorios, siempre que cumplan con los requisitos que en general la jurisprudencia exige a los actos del Juez de Instrucción.

En efecto, en tanto en cuanto el artículo 16 LORPM les encomienda la instrucción, y teniendo presente que el artículo 132 CP, de aplicación supletoria conforme a

la Disposición Final primera LORPM establece que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...», la respuesta no puede ser sino positiva. Tal interpretación ya ha sido asumida por algunas Audiencias Provinciales (SSAP Madrid, sec. 4.ª, núm. 94/2003, de 7 de octubre, Sevilla, sec. 3.ª, 91/2003, de 16 de abril, AAP Castellón, sec. 3.ª, 137/2003, de 7 de mayo).

También habrán de entenderse que si el expediente se sigue por delito, tal calificación habrá de ser la relevante a efectos de determinar el plazo de prescripción, sin que una ulterior declaración de falta genere la aplicabilidad de los plazos de prescripción de las faltas desde el inicio del expediente (SAP Madrid, sec. 4.ª, núm. 144/2004, de 6 de julio, Madrid, sec. 4.ª, núm. 97/2003, de 14 de octubre y núm. 44/2004, de 24 de febrero, Vizcaya, sec. 1.ª, de 28 de abril de 2004 y Zaragoza, sec. 1.ª, núm. 66/2003, de 27 de febrero).

### IX.5 Preceptividad de la declaración del menor como imputado en la fase de instrucción

Se ha planteado durante la vigencia de la LORPM si existe una obligación incondicionada para el Fiscal de oír al menor como imputado durante la fase de instrucción como *conditio sine qua non* para poder formular escrito de alegaciones acusatorio.

Ha de partirse de que la regla general debe ser la de que el Fiscal debe tomar declaración al menor imputado como paso previo para poder formular alegaciones acusatorias.

Desde luego, no tendría justificación el que no se hiciera en los supuestos de delitos graves, o que sin serlo vayan a motivar la petición de medidas privativas de libertad ni —lógicamente— cuando sea preciso para esclarecer aspectos relevantes de los hechos investigados.

La práctica, sin embargo, ha puesto de relieve que con relativa frecuencia se plantean supuestos en los que contándose con un informe reciente del Equipo Técnico del menor incurso en el expediente y no siendo por tanto imprescindible esta diligencia, con el fin de evitar la detención del menor al no comparecer éste voluntariamente en Fiscalía y para evitar dilaciones en la tramitación del expediente, se hace aconsejable formular alegaciones prescindiendo de este trámite.

Pues bien, para estos supuestos, y como excepción a la regla general, que en todo caso deberá interpretarse restrictivamente, cabrá entender que no es imprescindible oír al menor como requisito previo para formular alegaciones acusatorias.

Tal flexibilización de la regla general, precisamente en interés del menor puede defenderse teniendo en cuenta que el fundamento del trámite de la imputación en el proceso penal de adultos, esto es, la necesidad de evitar acusaciones sorpresivas, queda en todo caso salvaguardado por el sistema de instrucción seguido por la LORPM sin necesidad de imponer como obligatorio este trámite. Así, desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten [art. 22.1.a)]. También desde la incoación del expediente el menor está obligatoriamente asistido por un abogado, sin que a este respecto la ley distinga si se trata de causa seguida por delito o falta. El riesgo de sufrimiento de acusaciones sorpresivas queda definitivamente neutralizado a la vista de la previsión del artículo 26 LORPM que obliga al Fiscal a recibir declaración al menor cuando el letrado lo proponga salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido remitido al Juzgado de Menores.

El análisis de los antecedentes legislativos también da cobertura a esta válvula flexibilizadora: el Legislador de 2000 suprimió la comparecencia establecida en el artículo 15.6 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en la que el Juez de Menores hacía una expresa imputación de hechos al menor y le instruía de sus derechos. Por otro lado, el legislador, al aprobar la LORPM de sobra conocía la jurisprudencia constitucional sobre la imputación, asumida desde la STC núm. 186/1990, de 15 de noviembre y pese a ello, no la trasladó al texto de la Ley. Tampoco lo hace en la LO 8/2006, de 4 de diciembre, pese al gran número de artículos que retoca.

Por otra parte, el principio de celeridad, vital en la Justicia Juvenil y generador de la obligación de reducir la fase de instrucción al mínimo imprescindible, suprimiendo declaraciones reiterativas impone también evitar interpretaciones rígidas. Por lo demás, configurar tal diligencia como de obligada práctica en todo caso derivaría en ocasiones en la necesidad de practicar detenciones de menores perfectamente evitables.

Esta posibilidad, por lo demás, ha sido asumida por la Audiencia Provincial de Sevilla sección 3.<sup>a</sup> en autos, entre otros, de 13 de junio de 2002 y de 5 y 11 de diciembre de 2006 y por la Audiencia Provincial de Jaén sección 1.<sup>a</sup> en auto 126/2001, de 10 de octubre.

## IX.6 Régimen de la injuria y la calumnia

La Circular 1/2000, partiendo de la imposibilidad de ejercicio de acciones por parte del ofendido, consideraba que correspondía al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores.

Con la entrada de la acusación particular con plenitud de derechos, debe necesariamente revisarse tal conclusión, y partirse de que será necesaria la personación de ésta para que el proceso por tales delitos pueda seguir su curso.

No obstante, teniendo en cuenta tanto la estructura del proceso, en la que el Fiscal asume la instrucción, como las funciones que dentro del mismo se le encomiendan, hacen que el mismo no pueda permanecer al margen de las vicisitudes de estas causas, que dirigiéndose contra menores en ningún caso pueden serles ajenas. De esta forma el Fiscal desplegará su actividad instructora con el fin de salvaguardar los derechos del menor y garantizar que la respuesta al mismo se adecue al principio del superior interés del menor. El Fiscal no interesará medidas por estos hechos, si bien podrá hacer uso del artículo 18 LORPM y podrá proponer el sobreseimiento por conciliación o reparación extrajudicial y el sobreseimiento conforme al artículo 27.4 LORPM.

El ofendido habrá de poner en conocimiento del Fiscal la *notitia criminis* para que puedan iniciarse las Diligencias Preliminares. Si no es procedente acordar el desistimiento, incoarán los señores Fiscales el expediente, y una vez conste la personación del ofendido como acusador particular ante el Juzgado de Menores, practicarán las diligencias que las partes promuevan y que puedan considerarse pertinentes.

Teniendo en cuenta el resultado traumático de la aplicación de las facultades de desistimiento previstas en el artículo 18 LORPM, en tanto genera el efecto de impedir al ofendido por el delito privado promover la acción penal, cuando pese a ello se estime procedente su utilización, extremarán los señores Fiscales la obligación de motivar cumplida y cabalmente el Decreto así como asegurar su efectiva notificación, haciéndole saber al ofendido su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Claro es que este régimen no será de aplicación cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, pues en estos casos, conforme al artículo 215 CP tras la reforma operada por LO 15/2003, se trataría de delitos públicos.

### IX.7 Novedades en el tratamiento de las diligencias preliminares

Como ponía ya de manifiesto la Circular 1/2000, los Fiscales deberán hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar pues la nueva Ley busca el robustecimiento de los principios de defensa y de equilibrio de partes en la fase de instrucción, lo que obliga a no demorar su incoación con una actividad preliminar que en modo alguno debe convertirse en sustitutivo o anticipo del Expediente de reforma.

Aunque desde luego es difícil concebir que tales Diligencias puedan extenderse mas allá de un breve lapso temporal, habrán los señores Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso tales diligencias excedan de seis meses, debiendo, si excepcionalmente se prevé la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado, por analogía con lo dispuesto en el artículo 5 EOMF.

### IX.8 Recursos contra autos respecto de los que no se prevé expresamente la apelación

El apartado segundo del artículo 41 LORPM indica que estos autos serán objeto de reforma. Podría entenderse *contrario sensu*, que están excluidos de la apelación.

La Circular 1/2000 admitía que frente a estos autos cabía el recurso de queja. Las razones favorables a esta interpretación eran básicamente las de que era la única vía interpretativa que permite dar cierta coherencia al régimen de recursos establecido en la LORPM, pues resultaría inexplicable que contra los autos excluidos de la apelación únicamente cupiera reforma y, sin embargo, contra las providencias pudiera interponerse en todo caso reforma y apelación.

Suprimido el recurso de queja tras la reforma, y en el trance de superar interpretaciones ciertamente absurdas, habrá de entenderse también en estos casos admisibles el recurso de apelación frente al auto que resuelva la reforma, por aplicación de las disposiciones sobre recursos contenidas en la regulación del procedimiento abreviado, conforme a la Disposición Final primera de la LORPM.

También el auto por el que el Juez resuelva sobre la personación de la acusación particular habrá de entenderse susceptible de ser atacado en reforma y apelación.

### IX.9 Ámbito del recurso de apelación contra la sentencia del juez de menores

Pese a que en este punto no hay tras la reforma 8/2006 novedades reseñables, los señores Fiscales habrán de tener muy presente, a la hora de recurrir pronunciamientos absolutorios de los Juzgados de Menores, la doctrina sentada por el TC en sus –entre otras– SSTC núm. 167/2002, 75/2004, 94/2004, 128/2004, 14/2005, 105/2005, 272/2005, 74/2006, 347/2006 y 29/2007, en cuanto a la necesidad de respetar los principios de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas personales, con la consiguiente limitación en la interposición de recursos por fallos absolutorios.

En aras de clarificar el alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional y para aportar pautas a la hora de decidir si es factible o no interponer un recurso de apelación frente a una sentencia del Juez de Menores para que la Audiencia valore nuevamente la prueba y revoque la absolución o agrave la condena es especialmente interesante la STC núm. 338/2005, de 20 de diciembre, que establece que no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano *a quo*, o cuando, a



pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

## X. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia de la Audiencia Provincial o, en su caso, de la Audiencia Nacional que resuelva la apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores o Juzgado Central de Menores, será recurrible en casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los términos establecidos en el artículo 42 LORPM. Este precepto ha sido modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006.

Debe en primer lugar partirse de que la casación para unificación de doctrina sólo se concibe frente a sentencias condenatorias, no siendo posible articularlo frente a sentencias absolutorias.

Las principales innovaciones de la reforma de 2006 pueden esquematizarse de la siguiente manera:

En cuanto a las resoluciones recurribles, se concreta el ámbito de la casación para sentencias, excluyendo autos, que impongan medidas en virtud de hechos recogidos en el nuevo apartado 2 del artículo 9, al que se remite el apartado 1 del artículo 10, o en virtud de hechos a los que se refiere el nuevo apartado 2 del artículo 10 LORPM.

Así, el escenario de la casación para la unificación de doctrina sólo examinará delitos y nunca faltas. Entre los delitos se comprenderán los de máxima gravedad especificados en el artículo 10.2º LORPM, y los que sin alcanzar tal calificación se refieran a delitos graves en todo caso o a delitos menos graves, siempre que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, o hayan sido cometidos en grupo o si el menor perteneciere a una banda o asociación dedicada a actividades delictivas.

En cuanto al objeto del recurso, el artículo 42.2 LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, dispone que el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

En todo caso, hay que subrayar que el legislador se está refiriendo más que a supuestos de igualdad sustancial de las personas, que es imposible encontrarla en su literalidad, a similitud de valoraciones de las circunstancias del menor.

En lo relativo a la tramitación del recurso, como todo recurso de casación, hay que distinguir una fase de preparación ante la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, una fase de interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, por último, la fase de sustanciación del recurso en la Sala.

En la fase de preparación, el artículo 42.3 LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, indica que el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma. El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia.

Con la reforma de 2006 se han paliado algunos de los defectos de regulación anteriores, ya que el nuevo apartado 3 del artículo 42 además de mantener el plazo de presentación del escrito de preparación detalla con mayor precisión su contenido.

Prevía consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuidarán los señores Fiscales que preparen el recurso de sujetarse estrictamente en su escrito al contenido establecido en el apartado 3 del artículo 42 citado, ya que la interposición no puede apartarse del escrito de preparación, bajo apercibimiento de inadmisión (*vid.* art. 884.4 LECrim y STS de 4 de marzo de 1988). Hay que tener en cuenta la dicción del artículo 879 LECrim según la cual el Ministerio Fiscal se ajustará, para la preparación e interposición del recurso, a los términos y formas prescritos en los artículos 855, 873 y 874, en cuanto les sean aplicables, todo ello adaptado a la regulación específica de esta casación para unificación de doctrina que se cita.

Además, ante una eventual denegación del testimonio pedido para interponer el de casación, valorarán los señores Fiscales la posibilidad de interponer el recurso de queja, regulado en los artículos 862 ss. LECrim, también previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en el nuevo apartado 4 del precepto, se indica la actividad de la Audiencia Nacional o Provincial en esta fase preparatoria, en los siguientes términos si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.

Una vez recibido el emplazamiento, comunicarán los señores Fiscales el mismo a la Fiscalía del Tribunal Supremo para su conocimiento con envío de todos los antecedentes del caso.

En la fase de interposición, el nuevo artículo 42.5 de la LORPM, según redacción dada por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, señala que el recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable.

Tras la reforma de 2006, en la que se suprime el anterior apartado 6 del artículo 42, relativo al trámite de inadmisión, se establece un nuevo apartado 5 del artículo 42 que declara de aplicación la regulación ordinaria de la casación expresada *supra*, que por lo que respecta a la interposición se recoge en los artículos 873 a 879 de la LECrim. En consecuencia, será ya la Fiscalía del Tribunal Supremo la que decidirá sobre la interposición o no del recurso.

En cuanto a la sustanciación del recurso, tras la reforma se ha suprimido el apartado 7 del artículo 42, que la regulaba, resultando de aplicación la normativa de la casación ordinaria de la LECrim establecida en los artículos 880 a 893 de la LECrim, en lo que le resultare aplicable a esta modalidad específica de recurso de casación.

Por último, en cuanto al modo y efectos de la sentencia casacional, la LORPM se remite genéricamente a la LECrim, por lo que habrá de entenderse de aplicación lo

dispuesto en los artículos 900 a 906 de dicha Ley, *mutatis mutandis*, con la especialidad consistente en que esa sentencia tendrá efectos normativos de unificación de doctrina, dada la naturaleza unificadora del recurso, sin que sea necesaria una segunda sentencia en el mismo sentido para apreciar la existencia de jurisprudencia, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil en cuanto a la necesidad de reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo para considerar la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.

## XI. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

### XI.1 Aplicación de los nuevos preceptos sustantivos a causas en tramitación

Conforme al apartado primero de la Disposición Transitoria Única los hechos delictivos cometidos por menores hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión y las medidas impuestas se ejecutarán conforme a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos.

No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el menor, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

El apartado segundo de la Disposición Transitoria Única establece el criterio general para la determinación de cuál sea la ley más favorable: se tendrá en cuenta la medida que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y de la reforma contenida en esta Ley.

Será necesario siempre respetar con carácter previo a la decisión el principio de audiencia, y así el apartado tercero declara que en todo caso, será oído el menor y su representante legal.

Consecuentemente no podrá aplicarse el internamiento en centro cerrado basado en la actuación en bandas sino a hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2006. Tampoco podrá aplicarse esta medida a delitos graves en los que no concurra violencia o intimidación ni grave riesgo para la integridad cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

### XI.2 Revisión de sentencias

Conforme al apartado cuarto de la Disposición Transitoria Única en relación con las sentencias firmes que estuvieren ejecutándose o pendientes de ejecución, el Ministerio Fiscal, tras recabar los informes correspondientes, instará, si procede, al Juez de Menores a revisar la sentencia y, en tal caso, le informará sobre los términos de la revisión. A continuación, el Juez de Menores oír al menor sancionado y a su letrado en relación con la revisión propuesta por el Ministerio Fiscal. Una vez practicada la audiencia, el Juez de Menores revisará la sentencia aplicando la ley más favorable.

El Juez de Menores también revisará la sentencia a instancias del letrado del menor, oído el Ministerio Fiscal.

Debe en este punto advertirse de lo insólito –a la vista del amplio arbitrio judicial propio del Derecho de menores– que una condena impuesta conforme a la legislación

derogada no sea imponible conforme a la nueva. Además teniendo en cuenta que la nueva legislación amplía las posibilidades sancionatorias, difícilmente podrá considerarse la nueva mas beneficiosa y por tanto rara vez procederá revisar una causa penal.

### **XI.3 Ejecución y derecho transitorio**

Conforme al apartado quinto de la Disposición Transitoria Única lo previsto por el apartado 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su redacción dada por la presente Ley Orgánica, no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Una primera aproximación al precepto podría hacer pensar que la mención al artículo 14.2 y la omisión de cualquier referencia al apartado tercero del mismo precepto habría de llevarnos a la conclusión de que cabe aplicar esta última disposición a menores condenados por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma. Esta interpretación debe rechazarse, pues contraría el principio general sentado en el apartado primero de la Disposición Transitoria Única. Por ello tampoco podrán aplicarse las habilitaciones del artículo 14.3 a menores que cometieron los hechos antes de la entrada en vigor de tal precepto. En estos casos el traslado, conforme al Derecho en que se basó la condena, no podrá operar el traslado a Centro Penitenciario antes de que el ejecutoriado alcance los 23 años.

Aunque la trascrita disposición se refiere a que el artículo 14 no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, una recta interpretación del precepto, conforme a los principios de Derecho Transitorio, debe llevar a entender que en realidad no cabrá aplicar las nuevas disposiciones mas gravosas a quienes cumplan medidas por hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Tras la entrada en vigor de la reforma, en ningún caso cabrá acordar el cumplimiento en Centro Penitenciario de medidas de internamiento en régimen semiaabierto o abierto.

Por último, tampoco cabrá aplicar la conversión de la medida de internamiento semiaabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos durante la vigencia de la legislación anterior.

## **XII. CONCLUSIONES**

### **XII.1 Derechos de las víctimas y de los perjudicados**

1.º En cuanto a las notificaciones a víctimas y perjudicados no personados, los señores Fiscales cuidarán de que las mismas efectivamente se practican, evitando en todo caso que una misma resolución pueda llegar a ser notificada por dos órganos distintos y ciñendo tales notificaciones a las resoluciones que afecten a los intereses jurídicos de los perjudicados.

2.º El ofendido, para personarse como acusación particular, debe actuar asistido por Letrado, no siéndole necesario apoderar a un Procurador.

3.º El ofendido puede personarse como acusación particular tanto cuando el expediente se siga por delito como cuando lo sea por una simple falta.

4.º La acusación particular tiene derecho a acceder al informe del Equipo Técnico, si bien a tales efectos habrá de solicitar que se le dé vista, pues la remisión de oficio del mismo por parte del Fiscal una vez elaborado sólo se prevé en relación con el Juzgado de Menores y el Letrado del Menor, conforme al artículo 27.5 LORPM. Además, la acusación particular estará sometida a un estricto deber de reserva, al igual que el resto de las partes.

5.º Una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal del apartado primero del artículo 28 y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares.

6.º No obstante, para interesar la prórroga de la medida cautelar de internamiento mas allá de los seis meses habrá de entenderse que solamente está legitimado el Ministerio Fiscal.

7.º En los supuestos en los que estando personada una acusación particular lleve a convocarse audiencia contrariando la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, los señores Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

## XII.2 Novedades en la regulación de las medidas

### XII.2.1 INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO

Las suspensiones de actividades fuera del centro exigirán una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1.b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal y habrá igualmente de oírse al menor afectado. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse la suspensión si la evolución lo justifica, decisión que exigirá en todo caso de nuevo la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión. El régimen de permisos y salidas habrá de seguir rigiéndose conforme a las previsiones del internamiento semiabierto.

### XII.2.2. ALEJAMIENTO

1.º Desde el punto de vista subjetivo, la medida puede adoptarse en protección de la víctima o de aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta gran amplitud debe entenderse delimitada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un *periculum* en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

2.º Podrá modularse el concreto contenido del alejamiento, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

3.º La medida de alejamiento no permite imponer alguno de los contenidos previstos para la pena homónima. Pese a esta falta de previsión, si por las concretas circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, mediante una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, conforme a las previsiones del artículo 7.1 h 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª.

4.º En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello deberán los señores Fiscales dar debido cumplimiento a la obligación de comunicar la situación –sin demoras y de manera que se eviten tiempos muertos– a la Entidad Pública de Protección de Menores.

A este respecto, los señores Fiscales deben tener presente que sus obligaciones no se ciñen a la mera remisión del testimonio, sino que conforme al artículo 174 CC incumbirá también al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que como consecuencia de la remisión del testimonio pueda constituirse.

Esta superior vigilancia se ejercerá, no desde las actuaciones penales, sino a través del expediente de protección que habrá de aperturarse. La remisión del testimonio habrá de realizarse lógicamente antes del inicio de la ejecución de la medida, o, en caso necesario, simultáneamente a su inicio, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia.

Cuando las circunstancias del caso lo requieran, los señores Fiscales ordenarán a la Policía Judicial el traslado del menor respecto del que se ha acordado el alejamiento (ya en su modalidad cautelar, ya en su variedad de medida imponible en sentencia) al Centro de Acogida inmediata que proceda, remitiendo simultáneamente el correspondiente testimonio a la Entidad Pública de Protección de Menores para que formalice la medida de protección procedente.

5.º Para proyectar la necesaria dimensión educativa de la respuesta al menor infractor desde el sistema de Justicia Juvenil podrá optarse bien por aplicar de manera conjunta con el alejamiento alguna otra medida de distinta naturaleza, conforme al nuevo artículo 7.4 LORPM, bien por integrar el alejamiento como regla de conducta de una medida de libertad vigilada.

### XII.2.3 PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Los señores Fiscales, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán la conexión de las prestaciones con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar el proceso reflexivo del menor durante la ejecución.

## XII.3 Reglas para la determinación de las medidas

Como consecuencia de la enorme flexibilidad y discrecionalidad inherente al sistema de Justicia Juvenil, el artículo 7.3 subraya la necesidad cualificada de motivar las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma. Aunque la norma va dirigida específicamente al Juzgador, habrán los señores Fiscales de cuidar también que en sus alegaciones y en sus informes se explique y razone suficientemente el fundamento de sus peticiones.

### XII.3.1 POSIBILIDAD DE IMPONER MÁS DE UNA MEDIDA POR UN MISMO HECHO

Los señores Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, pues tras la reforma se opta por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse más de una medida –de distinta clase– por un mismo hecho y una sola medida por varios hechos.

### XII.3.2 MEDIDAS IMPONIBLES POR LA COMISIÓN DE FALTAS

En ningún caso podrán los señores Fiscales interesar la imposición de una medida de internamiento terapéutico cuando los hechos no rebasen la mera falta. Por contra, cabrá interesar la imposición de la medida de tratamiento terapéutico si el menor autor de una falta es declarado inimputable, cuando además su superior interés aconseje la imposición de esta medida.

### XII.3.3 SUPUESTOS EN LOS QUE CABE IMPONER LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO CERRADO

1.º No deberán los señores Fiscales olvidar que el nuevo artículo 9.2 LORPM contempla la imposición del internamiento en centro cerrado únicamente como una posibilidad, y que el denominado principio de desinstitucionalización, asumido por el artículo 37 b) de la Convención de los Derechos del Niño postula que las privaciones de libertad de menores se utilicen como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

2.º La extraordinaria amplitud de la letra 9.2 c) (actuaciones en grupo), en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a fórmulas estables o especialmente criminógenas, por lo que habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación grupal no revista especial lesividad.

3.º Para que conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 c) LORPM pueda apreciarse que los hechos se han cometido en grupo, es necesario que en los mismos hayan participado al menos tres personas.

4.º No será necesario para poder aplicar esta circunstancia de actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores. Así podrá apreciarse esta circunstancia a un menor de entre 14 y 18 años en una actuación grupal integrada además de por éste, por adultos y/o por menores de catorce años.

### XII.3.4 REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA PARA LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 9.2 LORPM

El artículo 10.1 LORPM se limita a ampliar los topes máximos imponibles. Tal excepción general a la regla de los dos años de duración máxima de las medidas, que se mantiene (art. 9.3), únicamente supone una ampliación del margen de maniobra del Fiscal y el Juez, cuya decisión deberá siempre ajustarse al fin último del superior interés del menor.

### XII.3.5 REGLAS PARA SUPUESTOS DE EXTREMA GRAVEDAD

La prohibición temporal de utilizar los artículos 13 y 51 LORPM no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM). Si pese a apreciarse extrema gravedad el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseja la privación de libertad y aconseja acudir a la suspensión, y siempre que la extensión del internamiento impuesto no lo impida –este instituto no es aplicable cuando la medida exceda de dos años– podrán los señores Fiscales, motivándolo convenientemente, dictaminar en favor de esta opción, que generalmente deberá ser acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar que el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento.



### XII.3.6 REGLAS PARA SUPUESTOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

La regla del artículo 10.2 LORPM integra como supuesto de máxima gravedad tanto la violación simple (art. 179) como la agresión sexual cualificada (art. 180 inciso primero) y la violación cualificada (art. 180 inciso primero), no abarcando la agresión sexual sin penetración sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 180 CP.

### XII.3.7 PLURALIDAD DE INFRACCIONES

#### XII.3.7.1 *Pluralidad de infracciones conexas*

1.º Si se condena a un menor por una pluralidad de delitos conexos, sea en la misma o en distinta causa, los límites máximos de cumplimiento serán los genéricos previstos en los artículos 9 y 10 LORPM. Cuando los plurales delitos conexos hubieran sido seguidos en distintas causas, a los límites genéricos anteriores se añaden los límites del artículo 47.2 LORPM, esto es, los del doble de la medida más grave.

2.º Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de Menores, por lo que habrá de estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 76 CP.

#### XII.3.7.2 *Pluralidad de infracciones no conexas*

Para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos. 9 y 10 LORPM, con respeto siempre al límite del doble de la medida más grave.

#### XII.3.7.3 *Procedimiento de refundición*

1.º Los señores Fiscales defenderán la competencia del Juzgado de Menores que dictó la primera sentencia condenatoria para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar. De esta forma, una vez dictada la primera sentencia, la competencia ejecutiva se fija definitivamente en favor de este Juzgado.

2.º Pese a que el artículo 47 LORPM no prevé expresamente el traslado al Fiscal para ser oído antes del dictado de la resolución de refundición, el informe previo de Ministerio Público debe entenderse de inexcusable cumplimiento.

3.º En cuanto a los límites a aplicar a los supuestos en los que tras la práctica de una refundición aparece un nuevo expediente en el que el menor ha sido condenado por hechos distintos a nuevas medidas, la respuesta dependerá de si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido conjuntamente enjuiciados con los que fueron objeto de la anterior refundición y si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido refundidos conjuntamente con los anteriores.

4.º Para realizar el cómputo y refundir cuando concurren varios internamientos integrados por un tramo final de cumplimiento en libertad vigilada en delitos no conexos, para determinar la medida más grave habrá de estarse a cuál de ellas tiene el tramo más extenso de internamiento *strictu sensu*.

5.º El internamiento en sus distintas modalidades y a efectos de refundición ha de entenderse de la misma naturaleza, por lo que todos los impuestos quedarán conjuntamente sometidos a las reglas de fijación del tope máximo de cumplimiento.

6.º Para refundir medidas de libertad vigilada, el tope máximo de cumplimiento habrá de calcularse conforme a las reglas generales. Las reglas de conducta que integren la medida refundida habrán de concretarse en función del superior interés del menor, debiendo operarse con criterios de flexibilidad.

## XII.4 Mayoría de edad del condenado a medida de internamiento

1.º El cumplimiento en Centro Penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana)

2.º Con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores).

3.º La falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos, como fundamento de la decisión de traslado, ha de estar basada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los señores Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

4.º Deberán en todo caso partir los señores Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al Centro Penitenciario es una excepción a la regla general, y desde esa excepcionalidad deberá ser entendida, interpretada y aplicada.

5.º Los señores Fiscales habrán de inclinarse por oponerse al traslado al centro penitenciario cuando los informes técnicos pongan de relieve que el joven está respondiendo a los objetivos propuestos en la sentencia.

6.º La continuación del cumplimiento en Centro Penitenciario habrá de generar como regla general la cancelación del resto de medidas impuestas conforme a la LORPM, que dejan de tener sentido en un contexto penitenciario. Entre estas medidas a cancelar habrán de incluirse las demás modalidades de internamiento que pudiera tener el joven pendientes

7.º Un ingreso anterior en concepto de preso preventivo no supondrá la aplicación del artículo 14.5 LORPM aunque lógicamente habrá de ser valorado a la hora de decidirse por la aplicación de los traslados a Centros Penitenciarios previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 14 LORPM .

8.º En los incidentes del artículo 14 LORPM debe darse intervención a la acusación particular, si bien sólo a los efectos de que ésta se pronuncie sobre la modificación o sustitución de las medidas impuestas, sin que pueda pronunciarse sobre el traslado al Centro Penitenciario.

9.º El hecho de que se acuerde el mantenimiento en el centro de menores del joven mayor de 18 o de 21 años no debe generar efectos de cosa juzgada. Se trata de una decisión *rebus sic stantibus*, por lo que si se produjera tras una primera resolución un radical cambio en la actitud del joven dentro del centro, de manera que *ex post* se pusiera de manifiesto una conducta incompatible con la permanencia en el centro de menores, podrá abrirse un nuevo incidente para evaluar el traslado al Centro Penitenciario a la vista de las circunstancias sobrevenidas.

## XII.5 Detención del menor y derecho a la entrevista reservada

El derecho a la entrevista reservada previo a la declaración debe entenderse aplicable tanto en sede policial como Fiscal. En todo caso también ha de tenerse presente que sin perjuicio que se facilite su ejercicio, el derecho corresponde al menor, y es él el que en definitiva ha de decidir si lo utiliza o no.

## XII.6 Medidas cautelares

1.º Los señores Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en centro cerrado.

2.º Puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

3.º Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad.

4.º El contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas.

5.º Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos no expresamente previstos (*v. gr.* prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.

6.º La falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello.

7.º Como criterios generales que deben ser ponderados para la adopción de medidas cautelares –y a cuyo través el superior interés del menor recobra protagonismo– están las circunstancias personales y sociales del menor.

8.º En casos de concurrencia de eximente de los números 1, 2 y 3 del artículo 20 CP cabrá impetrar del Juez de Menores la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del artículo 28, conforme al que las medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado. También podrán los señores Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC. Entre ellas, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

9.º La prórroga del internamiento cautelar no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado. También será preciso oír previamente al menor afectado, pero sin necesidad de trasladarlo al Juzgado. Deberán los señores Fiscales tener especialmente en cuenta que la solicitud de prórroga y la resolución habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario.

## XII.7 La ejecución de las medidas

### XII.7.1 COMPETENCIA PARA EL CONTROL DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EJECUTADA EN CENTRO PENITENCIARIO

El traslado del ejecutoriado a un Centro Penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 LORPM no exime a la Jurisdicción de Menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven. El adecuado cumplimiento de las facultades conexas con el principio de flexibilidad implicará la exigencia de la remisión periódica al

Juzgado de Menores y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso modificar, sustituir o cancelar anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en Centro Penitenciario. La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores.

#### XII.7.2 CONCURRENCIA DE PENAS Y MEDIDAS

1.º En caso de concurrencia de pena y de medidas la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien fue menor y fue condenado como tal y que ya ha dejado de serlo y ha continuado delinquiendo, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 LORPM.

2.º Aunque el artículo 47 LORPM se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento *in genere* y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable, el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado. Si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la Legislación penal de adultos.

3.º Si concurre la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente operativa la solución del artículo 47.7 (cumplimiento en centro penitenciario) en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de internamiento en centro cerrado y que conforme a los artículos 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad.

4.º En los casos de concurrencia de medida de internamiento en centro cerrado y pena de prisión, cuando el internamiento no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá atendiendo a las circunstancias del caso, optar por la cancelación de la medida, dejando expedito el cumplimiento de la pena.

5.º En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el Centro Penitenciario solamente devendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el Centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 LORPM

6.º En el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM, los señores Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 LORPM.

#### XII.7.3 CESE Y SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS

1.º Los señores Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento cerrado en semiabierto o abierto, interesarán expresamente que en la

resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, se haga referencia a que la conversión podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable.

2.º Aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar la sustitución de internamiento en régimen semiabierto a cerrado, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

#### XII.7.4 DESIGNACIÓN DE CENTROS

1.º Para aplicar la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 (imposibilidad de que menores pertenecientes a una banda, organización o asociación cumplan la medida impuesta en el mismo centro) no es necesario que la sentencia condenatoria haya apreciado la concurrencia de la circunstancia del artículo 9.2.c) LORPM.

2.º Del hecho de que dos o más menores hayan sido condenados a una medida de internamiento apreciándoseles la circunstancia del artículo 9.2.c) LORPM no necesariamente debe extraerse la consecuencia de que no puedan coincidir en un mismo centro. Así, la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 no abarca los supuestos de actuación en grupo, sin existencia de banda, organización o asociación, por lo que en estos casos no habrá de dispersarse ineludiblemente a los menores condenados.

3.º Los señores Fiscales se opondrán a cualquier decisión que suponga el ingreso de menores infractores en centros de protección de menores y a la vez, a decisiones que supongan el ingreso de menores en régimen de protección en centros de reforma.

#### XII.8 Cuestiones relativas al nuevo tratamiento procesal de la responsabilidad civil

1.º La nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible.

Como pauta general los señores Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo más sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, quede postergado por efecto de la acumulación de acciones.

2.º Quedan sin efecto las posibilidades de desistimiento del Fiscal respecto de la acción civil introducidas por la Circular 1/2000.

3.º Cuando se persone un ofendido como acusación particular expresando —explícita o implícitamente— al mismo tiempo su voluntad de personarse también para ejercitar las acciones civiles que le correspondan, habrá de tenerse por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

4.º Será necesario que actor y responsable civil se personen por medio de Letrado. Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil.

5.º No procederá tramitar la acción civil en los supuestos de inadmisión de denuncias (art. 16), archivo por desistimiento (art. 18) y sobreseimiento, cualquiera que sea su fundamento.

6.º Tanto el acusador particular (si ejercita simultáneamente la acción civil) como el actor civil pueden interesar durante la fase de instrucción la práctica de diligencias tendentes a posibilitar el ejercicio de la acción civil. También podrá el Fiscal instructor (en tanto no se haya producido renuncia, reserva o personación de todos los perjudicados) practicar de oficio diligencias de este tipo. Si la víctima se persona ejercitando exclusivamente la acción civil su actuación procesal se limitará a solicitar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su acción.

7.º Una eventual falta de contestación por parte de las personas contra las que se dirija la acción civil no tendrá mas trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

8.º Los señores Fiscales, valorando el material acumulado en la instrucción y el auto del Juzgado de Menores determinando los perjudicados y responsables (si tal auto se ha dictado antes de formular alegaciones), decidirán en favor de quién, en qué cuantía y contra qué personas ejercerá las acciones civiles, en el bien entendido que lo resuelto en el auto provisional del Juzgado no puede vincularle, de manera que inexcusablemente tenga que seguir sus determinaciones, pues la decisión del Fiscal de ejercitar acciones (sean penales o civiles) tiene su propio ámbito autónomo. No obstante, si en el auto se han omitido perjudicados o potenciales responsables civiles, habrán de interponerse los correspondientes recursos para evitar eventuales nulidades.

9.º Cuando el recurso que se interponga afecte sólo a los pronunciamientos civiles de la sentencia, procederá declarar la firmeza de los pronunciamientos penales, con el fin de que la ejecución de las medidas no se demore más de lo estrictamente necesario.

10.º La ejecución habrá de llevarla a cabo de oficio el Juzgado, debiendo entenderse sin efecto las disposiciones de la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre en cuanto consideraba que era necesario instar la ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil.

11.º Habrán de entenderse aplicables, conforme a la Disposición Final Primera LORPM las normas sobre fianzas y embargos contenidas en los artículos 589 a 614 y 764 LECrim. Las pretensiones cautelares deberán encauzarse a través de una pieza separada [art. 590 y 785.8.ª b) LECrim] a tramitar por el Juez de Menores.

12.º Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los núm. 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil (arts. 118 y 119 CP).

13.º En tanto algunos de los datos obrantes en el informe del Equipo Técnico, especialmente los relativos a identidad de progenitores y posibles medidas de protección adoptadas por parte de la Entidad Pública son relevantes para el ejercicio de la acción civil, no podrá privarse a las partes de la consulta de tales extremos, con las cautelas que se estimen oportunas en cada caso.

## XII.9 Otras cuestiones procedimentales

1.º Los señores Fiscales deberán partir de que en orden a proteger el superior interés del menor, evitar dilaciones indebidas, neutralizar efectos revictimizantes y eludir daños a la Justicia es admisible la celebración del juicio en ausencia, respetando en todo caso las garantías que la LECrim exige.

2.º Cabe atribuir efectos interruptivos de la prescripción a los actos instructorios del Fiscal, siempre que cumplan con los requisitos que la jurisprudencia exige a los actos del Juez.

3.º Será necesaria la personación de la acusación particular para que el proceso por delitos de injurias y calumnias pueda seguir su curso. En todo caso, el Fiscal continuará desplegando su actividad instructora con el fin de salvaguardar los derechos del menor y garantizar que la respuesta al mismo se adecue al principio del superior interés del menor. El Fiscal no interesará medidas por estos hechos, y podrá hacer uso del artículo 18 LORPM y podrá proponer el sobreseimiento por conciliación o reparación extrajudicial y el sobreseimiento conforme al artículo 27.4 LORPM.

4.º Habrán los señores Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso las diligencias preliminares excedan de seis meses, debiendo, en caso de que excepcionalmente se prevea la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado.

5.º Habrá de entenderse admisible el recurso de apelación frente al auto que resuelva el recurso de reforma interpuesto a su vez contra un auto, por aplicación de las disposiciones sobre recursos contenidas en la regulación del procedimiento abreviado, conforme a la Disposición Final primera de la LORPM.

## XII.10 Cuestiones de derecho transitorio

1.º La regla relativa a la continuación del cumplimiento de la medida de internamiento en Centro Penitenciario a partir de los 18 o de los 21 años no es de aplicación cuando la misma se hubiera impuesto por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma.

2.º No podrá aplicarse el internamiento en centro cerrado basado en la actuación en bandas o basado en la comisión de delitos graves no violentos sino a hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2006.

3.º Tampoco cabrá aplicar la conversión de la medida de internamiento semiabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma 8/2006.

## CONSULTA 1/2007, SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL PERÍODO OBJETO DE ENJUICIAMIENTO EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227 DEL CÓDIGO PENAL

### I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

El Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, destacaba la existencia de un apremiante problema social derivado de la extendida práctica del incumplimiento de las prestaciones establecidas en los procesos matrimoniales, que justificaba la tipificación de una nueva modalidad de abandono de familia en el Código Penal. La incorporación mediante la citada ley orgánica del artículo 487 *bis* al texto punitivo respondía a dicho objetivo, castigando el impago de prestaciones eco-



nómicas establecidas por convenio o resolución judicial en procesos matrimoniales, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis conyugales padecen las consecuencias del impago de las indicadas prestaciones.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986 ya se había referido a las dificultades de promover el cumplimiento de convenios y decisiones judiciales en dicha materia, posteriormente la Circular 2/1990 sobre la aplicación de la citada actualización del Código Penal y la Consulta 1/1993, trataron diversos aspectos de este tipo penal, que han sido superados por la nueva regulación efectuada por el Código Penal de 1995, que abordó la reforma manteniendo en el nuevo artículo 227 los supuestos de hecho contemplados en el artículo 487 bis, pero ampliando el ámbito de la intervención punitiva a otros procesos de carácter familiar (filiación y alimentos a favor de hijos), subsanando aspectos técnicos como la falta de referencia al incumplimiento de prestaciones económicas no periódicas (ap. 2 art. 227 CP) ignoradas en la regulación primitiva, y solventando algunas cuestiones críticas que habían sido planteadas por la doctrina y la práctica judicial, como la referida responsabilidad civil generada por la conducta típica (ap. 3 art. 227 CP).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la penalidad del artículo 227 del Código Penal y ha introducido una nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el artículo 618.2 CP, incluyendo las conductas que no alcancen los plazos requeridos en aquél, o que no tengan tal contenido económico (cuyo supuesto más frecuente será el incumplimiento del régimen de visitas).

En la actualidad, el artículo 227 CP, que tipifica el delito de impago de pensiones, tiene la siguiente redacción:

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

La aplicación práctica de esta norma penal ha sido polémica y controvertida desde su incorporación al Código Penal en 1989, y aún en la actualidad los órganos jurisdiccionales competentes para su enjuiciamiento en primera y segunda instancia (Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales) muestran disparidad de criterios en sus pronunciamientos sobre diversas cuestiones que la misma plantea. La presente Consulta se refiere a una de las manifestaciones de dichas discrepancias: la concreción de los incumplimientos que pueden conformar el objeto de cada proceso penal tramitado por el delito tipificado en el artículo 227 CP.

## II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

Con motivo de unificar criterios, en la Junta de Fiscales celebrada a dicho objeto en la Fiscalía consultante, se debatió sobre las diversas fechas que pueden tomarse en consideración a los efectos expresados.

Dados los términos del texto legal, la apreciación de la fecha inicial para el computo de los incumplimientos no ofrece dudas ya que viene señalada por el momento en que se dejó de pagar la prestación debida, lo que, obviamente, ha de quedar acreditado mediante la correspondiente actividad probatoria. Sin embargo, como pone de manifiesto dicha Fiscalía consultante, la concreción de la fecha final –que determinará el número de incumplimientos que constituyen el objeto del proceso penal– se presta a diversas posibles interpretaciones, toda vez que puede venir referida a diversos momentos procesales, tales como la fecha de la denuncia o querrela, de la declaración del imputado, del auto de incoación de procedimiento abreviado, del escrito de acusación, de apertura del juicio oral, de celebración del acto del juicio oral, de la sentencia, e incluso, a efectos de cuantificación de la responsabilidad civil, la de ejecución de sentencia.

El criterio asumido en dicha Junta de la Fiscalía consultante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 EOMF, en tanto se resuelve la presente Consulta, fue el de atender a la fecha de la declaración del denunciado o del querrellado en concepto de imputado ante el Juez Instructor, por entender de aplicación la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 186/1990, de 15 de noviembre), según la cual no se puede formular acusación contra persona que no haya declarado en concepto de imputada sobre los hechos de que se le acusa, añadiendo también en apoyo de tal criterio lo preceptuado en el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim., que establece la necesidad de tomar declaración judicial al imputado para adoptar la resolución de continuar la tramitación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado.

La indicada posición coincide con la mantenida por diversos órganos jurisdiccionales, así la SAP Barcelona, sec. 5.<sup>a</sup>, 25-2-2003, señala que (...) como regla general, es evidente que no puede extenderse el ámbito temporal del delito del artículo 227 CP más allá de la fecha en que se interpone la denuncia penal, si interpuesta una denuncia por supuesto impago de las prestaciones económicas de familia, ésta no se amplía de forma taxativa en momento procesal oportuno, el límite temporal del posible delito queda ya definitivamente perfilado por la fecha de la denuncia penal de origen, única fecha posible hasta la que puede entender alcanzada formalmente, en el procedimiento así iniciado, la consumación delictiva del tipo penal de que se trata... aunque es factible que dicha denuncia penal pueda ampliarse... tal posibilidad no podrá rebasar los límites derivados de la fecha en que se toma declaración como imputado al presunto culpable.

Todo ello, por exigencia de principios constitucionales tan importantes como los derivados del artículo 24.1 y 2 CE, excepcionalmente, podremos situar el ámbito temporal del delito entre la fecha del primer impago y la fecha del escrito de conclusiones provisionales de la acusación, pública o privada, si éste es capaz de ceñirse –esto es fundamental– a la de la última declaración judicial del imputado. Desde ese momento ya no es posible ampliar los hechos objeto de acusación por lo que el imputado deberá ser juzgado estrictamente por los hechos iniciales sobre los que ha tenido la oportunidad previa de explicarse (declaración judicial como imputado), pero no sobre hechos nuevos introducidos sorpresivamente en el proceso. Y desde luego, mucho menos, puede extenderse el objeto del proceso hasta llegar alegremente hasta la misma fecha del acto del juicio oral.

Cualquier posible impago posterior a la denuncia inicial de las prestaciones de familia a que se refiere el artículo 227 CP deberá ser objeto de nueva denuncia expresa y nuevo procedimiento penal, a salvo las excepciones de denuncia ampliada a que hemos hecho referencia, si se cumplen los requisitos correspondientes.

La interpretación estricta propugnada por la Fiscalía consultante y, como se ha indicado, también mantenida por algunos órganos jurisdiccionales, supone que en cada causa incoada por delito de impago de pensiones sólo pueden ser enjuiciados los

incumplimientos recogidos en la denuncia, sobre los cuales versará la declaración judicial que se reciba al imputado (art. 775 LECrim), obligando a la parte perjudicada a formular nueva denuncia por los impagos posteriores, iniciando así una sucesión de ampliaciones (o acumulaciones por conexión) de la denuncia inicial, con las correspondientes declaraciones del imputado al respecto.

Si bien la resolución de la presente consulta exige desarrollar algunas consideraciones sobre los elementos, naturaleza y estructura típica del delito de impago de pensiones, para determinar los impagos que pueden constituir el objeto de un proceso tramitado para el enjuiciamiento de dicho delito, es posible anticipar que la misma se resuelve atendiendo prioritariamente al carácter de delito permanente (o con más precisión, como se expresa más adelante, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo) que la jurisprudencia mayoritaria atribuye al delito de impago de pensiones, cuya consumación se inicia por el incumplimiento del período típico establecido en el artículo 227 CP y se mantiene hasta que cesan sin interrupción los incumplimientos o se produce su enjuiciamiento.

Es decir, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva. La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico.

Esta especial naturaleza del delito tipificado en el artículo 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, enjuiciándose en dicho acto los reiterados –consecutivos o alternos– incumplimientos que reuniendo los requisitos precisos para incluirlos en el título de imputación se hayan constatado hasta dicho momento procesal. Conjunto de incumplimientos que constituirán el objeto del proceso.

No son las ventajas de economía procesal las que inspiran la resolución de la presente Consulta. Su razonamiento jurídico se encauza a partir de la configuración típica del delito de impago de pensiones, conjugado con los principios constitucionales que sustentan nuestro Estado de Derecho, particularmente la interdicción de la indefensión; sin obviar que su respuesta es acorde con la *voluntas legislatoris* proclamada en la Exposición de Motivos de la LO 3/1989, en el sentido de dar protección a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos. Finalidad tuitiva, en especial respecto de los hijos, que se vería perturbada ante el enojoso trance de obligarles a formular sucesivas reclamaciones frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos.

### III. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL: DISPERSO Y DIVERSO

El Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la cuestión planteada y las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales sobre la materia son discrepantes, cuando no abiertamente opuestas, y, por tanto, alejadas de la deseada uniformidad en la aplicación del Derecho.

La SAP Tarragona de 8 de noviembre de 2000 acoge el criterio de considerar como fecha del último período impagado la que se corresponde con la de formulación

de conclusiones provisionales por la acusación. La SAP Burgos de 23 de julio de 2004 siguiendo el criterio SAP Barcelona de 8 de noviembre de 2000 señala como tal fecha la de celebración del juicio oral. La SAP Baleares 30 de marzo de 2000 amplía dicho período hasta la fecha del escrito de conclusiones definitivas y la SAP Vizcaya de 28 de junio de 2002 aunque fija como fecha la de la sentencia firme, señala que no hay obstáculo legal incluso para ampliar el día *ad quem* hasta la ejecución de la misma, toda vez que ¿no cabe hablar en tales supuestos, como el que nos ocupa, de una indefensión del acusado/deudor por motivo de la indeterminación del término final de su deuda punible, ya que es claro que, tanto la acusación como la pretensión civil, se refieren en todo caso a unos hechos con idéntica configuración causal, respecto de los que no hay motivo que impida la defensa referida al período impagado de devengos hasta la liquidación, ni como comprendido dentro de los términos del artículo 227 CP, motivo que impida dejar dicha liquidación para ejecución de sentencia, de conformidad con el artículo 115 CP? En conclusión, no es cierto que la denuncia marque el momento hasta el que puede determinarse la deuda civil exigible en el proceso por delito de impago de pensiones, en que el condenado es reo de una pena y a la vez deudor pecuniario, y nada excluye legalmente que pueda, secundándose el fin del artículo 227.3 CP, determinarse hasta la sentencia firme de condena, o incluso petición ejecutiva posterior a la misma».

La SAP Burgos, sección 1.ª de 12 de enero de 2004, referida al ámbito de las responsabilidades civiles, resulta muy descriptiva respecto de las diversas posiciones adoptadas por la denominada jurisprudencia menor. En el supuesto que revisa dicha sentencia el juzgador de instancia las fija (las responsabilidades civiles) hasta el Auto de apertura del juicio oral y la parte recurrente considera que deben de fijarse sólo hasta la fecha de la denuncia.

Sigue la misma sentencia expresando que es ésta una cuestión muy polémica y con soluciones jurisprudenciales muy diversas. Algunas Audiencias Provinciales fijan el devengo de la pensión alimenticia y de la indemnización civil del proceso penal hasta la presentación de la denuncia o querrela (SAP Barcelona, sec. 2.ª de 11 de noviembre de 1998). Otras resoluciones fijan el día final de reclamación de pensiones debidas en la formulación del escrito de acusación definitiva (SAP Madrid, sec. 16.ª de 22 de octubre de 1999; SAP Málaga, sec. 3.ª de 4 de diciembre de 1998, SAP Barcelona, sec. 1.ª de 30 de marzo de 2000). Otras sentencias hasta fijan la fecha en la calificación provisional (SAP Gerona, sec. 3.ª de 30 de noviembre de 2001; SAP Asturias sec. 3.ª de 4 de enero de 2001). Otras hasta el auto de transformación de las Diligencias Previa al Procedimiento Abreviado (SAP Barcelona, sec. 2.ª, de 29 de julio de 1998; SAP Madrid, sec. 6.ª de 11 de mayo de 1998, 24 de marzo de 2000). Por último, otras Audiencias (SAP Toledo de 11 de junio de 1998) lo fijan en la fecha del juicio oral y la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2.ª de 22 de octubre de 1999 en la ejecución de la sentencia.

En nuestro caso, procede mantener la fecha fijada en la resolución recurrida de apertura del juicio oral, pues, aunque entre el conjunto de las opiniones expuestas esta Sala se inclinaría por considerar la fecha de la calificación definitiva, sin embargo la prohibición de reforma en perjuicio del reo (*reformatio in peius*), impide aplicar ese criterio y exige mantener lo resuelto en la instancia en cuanto al “dies ad quem” de la indemnización civil por alimentos debidos.

Ante tal disparidad de criterios judiciales, y estando el delito que nos ocupa excluido –en principio– del recurso de casación (art. 847 LECrim) cobra especial trascendencia la contribución del Ministerio Fiscal en aras de la unificación real de la interpretación y aplicación del Derecho, buscando la certeza del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la seguridad jurídica y de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley,

función cuya relevancia ha sido puesta de manifiesto recientemente en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 11/2005.

#### IV. ELEMENTOS DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 26 de julio de 1999, 13 de febrero de 2001 y 3 de abril de 2001, 8 de julio de 2002, 16 de junio de 2003, entre otras y Auto TS 15 de abril de 2004) que configura el delito previsto en el artículo 227 CP como un delito de omisión que exige para su consumación la exigencia de dos elementos objetivos y uno subjetivo:

a) Resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos.

b) Conducta omisiva, consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, conducta ésta de omisión cuya realización consuma el delito por ser de mera actividad, sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial distinto del que ya produce la falta de percepción de la prestación establecida.

c) Elemento subjetivo, que aunque no se menciona expresamente en el tipo penal, se configura por el comportamiento doloso del sujeto, es decir, el conocimiento de la obligación de pagar y la voluntariedad de incumplir la misma, la cual resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.

Este último requisito excluye la denominada «prisión por deudas», expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 («nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual»), precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º CE. Así, no es posible sancionar conductas al amparo del artículo 227 CP en aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento.

La ausencia de dicho requisito subjetivo en la conducta del acusado, junto con la alegación del pago o cumplimiento de la prestación debida (*vid.* art. 1156 ss. CC), serán los argumentos de defensa más utilizados. Sin embargo, en el delito de impago de pensiones, este elemento subjetivo del injusto no exige que la acusación deba probar la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, como a veces se pretende, lo que supondría una especie de *probatio diabolica* a cargo de la acusación sobre la exacta situación financiera del acusado. El dolo en la conducta del acusado se puede inferir de forma racional del impago de lo adeudado sin justificación alguna, como resulta de la permanencia en la desobediencia al abono de lo obligado o de su propio comportamiento procesal (STS 8 de noviembre de 2005), como sucede en los supuestos en que se alega como causa de la conducta omisiva el empeoramiento de la situación económica del imputado, sin haber instado la modificación del contenido de la obligación en el correspondiente proceso civil.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que la acusación, máxime tratándose de la ejercitada por el Ministerio Fiscal que actúa bajo el principio de imparcialidad, inste, durante la sustanciación del proceso penal, la practica de las diligencias necesarias

para averiguar la situación patrimonial del acusado y poder valorar adecuadamente su voluntariedad en los incumplimientos que se le imputan o la concurrencia de circunstancias justificativas de su comportamiento (STS 13 de febrero de 2001 y SSAP Jaén 22 de mayo de 1998, Sevilla 15 de noviembre de 1999 y 7 de junio de 2005, Valencia 24 de marzo de 1999 y 10 de diciembre de 1999, Barcelona 5 de noviembre de 2002 y 8 de noviembre de 2004, entre otras muchas).

## V. NATURALEZA JURÍDICA Y ESTRUCTURA TÍPICA

El delito tipificado en el artículo 227 CP, se configura como un delito de omisión pura que se consuma por el simple incumplimiento durante los períodos de tiempo señalados en el precepto legal, en cuyo desarrollo se aprecian dos fases: una de comisión, cuando concurren los elementos constitutivos del tipo, y otra de mantenimiento de la situación creada, en la que van acumulándose los impagos posteriores, sucesivos o alternos, que se configuran como elementos de la misma dinámica omisiva: reiterados incumplimientos. La jurisprudencia de las Audiencias se ha pronunciado de forma diversa, ofreciendo diversas soluciones jurídicas (*vid.* SAP Burgos 23 de julio de 2004) en orden a la definición de la clase de delito que generan tales conductas omisivas.

Algunos pronunciamientos han considerado que a partir del momento en que quedan satisfechas las exigencias del artículo 227 CP, se produce la consumación delictiva, produciéndose un delito instantáneo, de forma que cada período de impago típico posterior da lugar a un concurso real de delitos, con la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva.

No obstante, en la actualidad, la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales se inclina por atribuir al delito de impago de pensiones el carácter de delito permanente, es decir, no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del artículo 74 CP. Es decir, el delito se consuma cuando no se paguen dos pensiones mensuales seguidas o cuatro alternas, pero sus efectos penales se mantienen mientras duren los impagos. Se produce, pues, un único delito permanente, cuyo momento final tiene lugar tras la cesación ininterrumpida de la lesión al bien jurídico o el enjuiciamiento de la conducta lesiva.

La consideración del delito de impago de pensiones como delito permanente arranca de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 3 de marzo de 1987, 26 de abril de 1988, 24 de enero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 15 de diciembre de 1998), que atribuye tal carácter al abandono de familia del artículo 226 CP, lo que determina que no le sean de aplicación las reglas de la continuidad delictiva (art. 74 CP), indicando la STS de 3 de abril de 2001 que la figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto. Esta doctrina viene a reafirmar que la naturaleza jurídica de ambos delitos es coincidente, en la medida que con la regulación penal de los dos se está tratando de proteger las relaciones familiares, semejanza que se incrementa al concebirse ambos como delitos semipúblicos en el artículo 228 CP (SAP Madrid de 20 de febrero de 2004 y Barcelona de 10 de enero de 2005).

Algunas Audiencia Provinciales, con acertado criterio, han empezado a distinguir la naturaleza de ambas figuras –que como ha quedado expresado es coincidente– de su estructura típica, toda vez que si la primera depende de los bienes jurídicos que protegen, la segunda, depende de la definición que haya elegido el legislador para lograr esa defensa.

En el indicado sentido se destaca que la realización del tipo previsto en el artículo 226 CP precisa únicamente la mera inactividad del sujeto obligado por los deberes legales de asistencia respecto de las personas que se expresan en el mismo, mientras que el artículo 227 CP requiere además de la existencia del convenio o resolución judicial, una reiteración de omisiones. Por ello, se entiende técnicamente más precisa la consideración del delito de impago de pensiones como un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, pues para su consumación exige una pluralidad de omisiones, que son consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, pero que una vez producido el primer período típico de omisiones, las posteriores se acumulan, de forma que la consumación se mantiene en el tiempo y cesa con la reanudación del pago o el enjuiciamiento de las omisiones que constituyen un único delito.

Los incumplimientos de los períodos establecidos por el legislador (dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), se interpreta que constituyen un requisito objetivo del tipo, y los sucesivos impagos se acumulan a él sin relevancia a efectos de continuidad delictiva, pues, esos plazos se refieren a incumplimientos mínimos y nada impide que por encima de ellos puedan haber unos mayores, que quedarían acumulados a los anteriores, por ello se habla de que estamos ante un delito de tracto sucesivo acumulativo (SAP Madrid de 20 de febrero de 2004), que mantiene en común con la consideración de delito permanente, que la conducta típica se prolonga más allá de la fase inicial de consumación producida por la primera omisión típica.

Cualquiera de las consideraciones indicadas sobre la naturaleza del delito de impago de pensiones no altera la dinámica comisiva requerida por el tipo, consistente en una serie de omisiones escalonadas en el tiempo que, desde el punto de vista procesal, conforme al artículo 17 núm. 5 LECrim, han de ser enjuiciadas en un mismo proceso. Sin embargo, la consideración por la que se opte tiene importantes consecuencias en cuanto a la delimitación del objeto de proceso penal en el que se enjuicien incumplimientos por períodos superiores al mínimo señalado en el tipo penal, así como en instituciones penales como la prescripción o la cosa juzgada.

## VI. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

La estructura del delito de abandono de familia por impago de pensiones, configurado por los incumplimientos mínimos especificados en el artículo 227 CP y los que posteriormente se vayan acumulando, implica que dicho período típico que constituye la consumación inicial del delito ha de quedar indiciariamente acreditado en virtud de las diligencias practicadas en fase de instrucción, en la cual deberá recibirse declaración judicial al imputado sobre los incumplimientos que configuran dicho período mínimo, sin perjuicio de que dicha declaración también se refiera a otros impagos evidenciados en el momento de producirse la misma, sin que ello altere el título de imputación.

Una vez constatada esa consumación inicial, en los supuestos en que se sigan produciendo incumplimientos posteriores, surge el problema de determinar hasta cuándo dura la permanencia del delito, o, si se prefiere, cuándo puede empezar a cometerse otro nuevo



delito que deba ser objeto de denuncia o querrela para dar lugar a un nuevo proceso, con sus correspondientes consecuencias jurídicas penales en cuanto a la cosa juzgada, la prescripción, así como respecto de la configuración típica de una falta del artículo 618.2 CP si no se cumpliesen los plazos mínimos establecidos en el artículo 227 CP, o superados los mismos, de otro nuevo delito de impago de pensiones.

Ya se ha anticipado que una de las situaciones que pone término a la consumación iniciada por el incumplimiento del período omisivo típico será la cesación del ataque al bien jurídico protegido mediante la reanudación sistemática y sin interrupción del pago de la pensión, la otra, será el enjuiciamiento de tales omisiones.

Por tanto, el ámbito temporal de los procesos penales tramitados por el delito tipificado en el artículo 227 CP, comprenderá, como regla general, el período que abarca desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, constituyendo el objeto de cada proceso concreto, los reiterados incumplimientos –consecutivos o alternos– constatados hasta dicho momento procesal.

En consecuencia, en fase de conclusiones provisionales, el escrito de acusación comprenderá los impagos que constituyen el período mínimo tipificado, los cuales han de corresponder a fechas anteriores a la declaración que ineludiblemente se ha de recibir al imputado en dicha fase. También se incluirán en el escrito de acusación los impagos producidos hasta la fecha del auto previsto en el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim., siempre que en dicho momento se deduzca debidamente la actuación dolosa del imputado respecto de los mismos. De esta manera se conforma provisionalmente el objeto del proceso.

Por idéntico razonamiento el escrito de calificación definitiva podrá incluir nuevos impagos producidos hasta la celebración del juicio oral, ahora bien, no hay que olvidar que el elemento subjetivo del delito de abandono de familia por impago de pensiones, puede exigir un examen individualizado de los diferentes períodos impagados, a efectos de determinar si cada una de las omisiones tiene el carácter doloso que el tipo requiere, toda vez que la causa de cada incumplimiento puede corresponder a circunstancias diferentes. Por lo cual, la extensión del objeto de enjuiciamiento en este delito hasta la fecha del juicio oral sólo será posible garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado en relación con cada uno de los indicados períodos.

Por lo anterior, dicha extensión objetiva sólo podrá producirse en los casos en que en la fecha del acto de celebración del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos posteriores a la fecha del escrito de acusación provisional, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el artículo 788.4 LECrim.

En los anteriores supuestos los señores Fiscales deberán presentar escrito de conclusiones definitivas incluyendo los nuevos impagos que se deduzcan de la prueba practicada, en el bien entendido de que para ello será imprescindible que puedan mantenerse en las conclusiones definitivas los impagos constitutivos del período mínimo tipificado sobre el que se recibió declaración al acusado en fase de instrucción. En otras palabras, si en virtud de la prueba practicada en el juicio resulta indicado retirar la acusación original, no cabrá promover una definitiva basada en impagos nuevos acreditados durante el juicio oral.

En todo caso, los señores Fiscales vigilarán que quede garantizado el respeto al derecho de defensa del acusado en relación con los períodos a los que se refiera la expresada ampliación.

El Estado de Derecho y el sistema de garantías que lo sustenta encuentran el fundamento de su existencia al procurar la libertad, la justicia y la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Sin embargo, la interpretación excesiva de esas garantías puede producir efectos perturbadores e incluso perversos para esas finalidades, como

sucede en el delito de impago de pensiones, cuando extremando ese celo interpretativo se reduce el objeto temporal de enjuiciamiento exclusivamente a los impagos incluidos en la denuncia, que además de plantear importantes problemas derivados de posibles vulneraciones de la prohibición del «double jeopardy» (STS 26 de septiembre de 1977, 1 de abril de 2003 y 22 de abril de 2004), no sólo perjudica a la víctima, arrojándola a una cadena de nuevas denuncias por los incumplimientos posteriores, sino que, paradójicamente, también es negativo para el imputado cuyo derecho de defensa se pretende garantizar, pues podrá verse acusado en otros procedimientos con las eventuales consecuencias perjudiciales, como posibles sentencias condenatorias, apreciación de la circunstancia agravante reincidencia, o dificultades para el cumplimiento de los requisitos para la suspensión de ejecución de la pena.

Los incumplimientos producidos con posterioridad a la fecha del período de enjuiciamiento delimitado en el escrito de conclusiones definitivas, no conformarán el objeto del proceso penal. Estos impagos constituirán nuevas omisiones no enjuiciadas que, en su caso, evidenciarán la renovación del dolo por parte del sujeto activo a los efectos de otro procedimiento.

Evidentemente, la celeridad de la tramitación de los procesos tendrá una incidencia decisiva en la comisión de nuevos delitos, pero tal circunstancia derivada principalmente de situaciones estructurales y/o coyunturales de la Administración de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.5 LECrim, no es ajena a otros delitos, ni a cualquiera de las posibles soluciones que se pueden adoptar respecto de la cuestión planteada en la presente Consulta.

## VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El *quantum* de las cantidades adeudadas constituye una de las partidas de la responsabilidad civil derivada del delito, pues a pesar de que amplios sectores doctrinales opinaban que las mismas son el contenido de una obligación de naturaleza civil previa a la conducta típica y no una consecuencia de ella, el nuevo artículo 227.3 despejó la cuestión al establecer que la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas. Ello no excluye la posible indemnización de otros daños y perjuicios ocasionados por la comisión del ilícito penal (económicos e incluso morales) resarcibles conforme a los artículos 109 y siguientes del CP.

La doctrina expresada sobre el derecho de defensa también es aplicable a la responsabilidad civil (SSAP Burgos, sec. 1.ª de 15 de marzo de 2002, Barcelona, sec. 2.ª de 24 de noviembre de 2005, entre otras muchas), ahora bien, en el delito que nos ocupa, la inclusión de las pensiones impagadas posteriores a la declaración del imputado en fase de instrucción no infringe el mencionado principio porque la consumación inicial o básica del delito se produce con el impago de las pensiones expresadas en el tipo. Es decir, aceptada la naturaleza del delito de abandono de familia por impago de pensiones como delito permanente de omisión propia, la consecuencia, ya expresada, es que se prolonga la responsabilidad penal y civil desde su consumación inicial hasta el momento mismo del enjuiciamiento, sin perjuicio de que con carácter provisional, se incluyan en el escrito de acusación en concepto de responsabilidad civil el importe adeudado correspondiente a los períodos impagados hasta la conclusión de la fase de instrucción, de acuerdo con lo que resulte de las diligencias practicadas en la misma, y, posteriormente, en el escrito de calificación definitiva, se incluyan las cantidades correspondientes al resultado de la prueba practicada con carácter contradictorio en el acto del juicio oral.

Por otro lado, la responsabilidad civil derivada del delito está condicionada por los hechos sobre los que se sustenta el examen de la tipicidad, lo que no permite incluir períodos respecto de los que no se haya acreditado la voluntariedad en el incumplimiento del acusado, los cuales pueden seguir constituyendo una deuda de carácter civil, pero no pueden ser objeto de indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada del ilícito penal que requiere dicha voluntariedad omisiva.

### VIII. CONCLUSIONES

Primera.—Para formular acusación en los procedimientos seguidos por el delito tipificado en el artículo 227 CP, los señores Fiscales constatarán que los impagos reiterados de la prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, hayan quedado indiciariamente acreditados en fase de instrucción y que sobre ellos se haya recibido declaración judicial al imputado en dicha fase.

Segunda.—Los señores Fiscales incluirán en el relato fáctico de los escritos de acusación provisional todos los incumplimientos evidenciados hasta la fecha del auto previsto en el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim, siempre que resulte indiciariamente acreditada la omisión dolosa del obligado al pago.

Tercera.—Los incumplimientos incluidos en el escrito de acusación se calificarán como un único delito del artículo 227 CP, y en la petición punitiva se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 66 CP.

Cuarta.—Los señores Fiscales solicitarán en los escritos de acusación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227.3 CP, el acusado indemnice a la parte perjudicada en concepto de responsabilidad civil, con el pago de las cantidades adeudadas correspondientes a los períodos incluidos en el relato fáctico, incrementadas con el interés que establezca la resolución incumplida o, en su defecto, el que hubiera devengado el interés legal del artículo 576 LEC.

Quinta.—La indemnización que se expresa en el apartado anterior, no obsta a la reparación de otros daños que se puedan haber causado, en virtud de lo que resulte de lo actuado en el procedimiento concreto.

Sexta.—En los supuestos en que en el acto del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos generados hasta esa fecha, posteriores a los incluidos en el escrito de acusación, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan manifiestamente de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el artículo 788.4 LECrim, los señores Fiscales deberán modificar sus conclusiones provisionales presentado otro escrito con las definitivas, incluyendo los incumplimientos acreditados hasta la fecha del juicio oral, con sus correspondientes consecuencias en relación con la petición punitiva (art. 66 CP) y con la responsabilidad civil.

Todo ello en el bien entendido de que será imprescindible que la prueba practicada en el juicio permita mantener en las conclusiones definitivas los impagos constitutivos del período mínimo tipificado, sobre el que se recibió declaración al acusado en fase de instrucción. En otras palabras, si en virtud de la prueba practicada en el juicio resulta indicado retirar la acusación original, no cabrá promover una definitiva sustentada en impagos nuevos acreditados durante el juicio oral.

En todo caso, los señores Fiscales vigilarán para que quede garantizado el respeto al derecho de defensa del acusado.

## INSTRUCCIÓN 6/2007, SOBRE LA ENAJENACIÓN DE BIENES DECOMISADOS ANTES DE DICTARSE SENTENCIA

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La naturaleza y el valor económico de numerosos bienes incautados y sujetos al resultado de los procesos penales suelen generar problemas de gestión y de financiación de los gastos que su depósito, conservación y/o administración producen, pero, además, cuando se trata de bienes –barcos, automóviles, aeronaves– cuya intervención cautelar supone su inmovilización, a dicha dificultad se añade la circunstancia de que el transcurso del tiempo puede producir un grave deterioro en los mismos, con la consiguiente depreciación de su valor. Incluso en ocasiones los efectos incautados o embargados son fuente de riesgos para la salud o la seguridad de los ciudadanos.

Aunque tal problemática es común a la generalidad de los procesos penales, lo cierto es que el mayor número de bienes intervenidos procede de causas tramitadas por tráfico de drogas. Por ello y con el objeto de paliar los expresados efectos, mediante la reforma del anterior Código Penal operada por LO 8/1992, de 23 de diciembre, se dio nueva redacción al artículo 344 bis *e*), estableciendo la posibilidad de que la autoridad judicial pueda autorizar que mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos [aprehendidos] puedan ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

No obstante, la expresada posibilidad de utilización provisional de los bienes y efectos que hubieran servido de instrumento para la comisión de delitos de tráfico de drogas se ha manifestado insuficiente. Por ello, para evitar el deterioro, pérdida de valor e incluso el peligro para la seguridad o la salud que a veces producen los bienes intervenidos, se ha seguido acudiendo a diversas soluciones no expresamente reguladas. La entrega del bien decomisado para su conservación a su titular –imputado o tercero–, ha sido una práctica utilizada, aunque en algún caso ha derivado en su posterior incautación en relación con una nueva implicación de éste en hechos de similares características a los que determinaron su inicial decomiso. También se han arbitrado otras soluciones, como la autorización de la utilización de ciertos bienes por entidades dedicadas a fines sociales, que asumen la responsabilidad de su conservación.

La redacción del artículo 344 bis *e*) del anterior Código Penal fue trasladada con similar redacción al artículo 374.2 del Código Penal de 1995 y, mediante LO 15/2003, al actual artículo 374.1.3.º, que establece que la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Con todo, la problemática relacionada con la conservación y custodia de los bienes y efectos incautados precisaba de una regulación que permitiera su realización o enajenación con la finalidad de conservar su valor económico, garantizando la satisfacción de su destino final a resultas del procedimiento o, en su caso, la devolución a sus titulares, sin merma del valor efectivo de lo incautado.

A ello responde la modificación del artículo 374 CP mediante reforma operada en el texto punitivo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que además de ampliar su ámbito a los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372 CP, ha incorporando algunas disposiciones para resolver las expresadas cuestiones, par-

ticularmente, regulando la enajenación de los bienes decomisados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia. Igual finalidad tiene la reciente modificación efectuada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, que incorpora un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales en cualquier tipo de procedimientos criminales

## II. PREVISIONES LEGALES SOBRE ENAJENACIÓN DE BIENES DECOMISADOS ANTES DE DICTARSE SENTENCIA

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos decomisados en los procesos penales hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante la Disposición Final primera de la citada Ley 18/2006, de 5 de junio, estaba constituida por el Real Decreto 2783/76, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, en cuyo artículo 5 se autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen percederos o (...) sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y por el artículo 338 LECrim –en la actualidad modificado por la referida Ley 18/2006, de 5 de junio– que también permitía la enajenación cuando los objetos fueren percederos. En el mismo sentido, el artículo 7.1.b) de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor.

A tenor de dicha regulación legal, complementada por las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal, la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la responsabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, habrá de garantizarse su devolución o restitución a su titular en el caso de que no se aprecie responsabilidad alguna.

En relación con los delitos de tráfico de drogas, precursores y blanqueo de capitales, el artículo 374.2 CP, reformado por la LO 15/2003, incorporó algunas disposiciones para resolver la expresada problemática de gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos a los procesos penales seguidos por hechos de esa naturaleza, que supuso la excepción a dicha regla general de conservación, toda vez que prevé la enajenación de los bienes decomisados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

- a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
- b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Seguidamente, dicha disposición establece que la decisión de enajenación deberá acordarse por la Autoridad judicial de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, o representación procesal de las comunidades autónomas, entidades

locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado, y que el importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

La expresada regulación ha sido complementada recientemente, con carácter general para todo tipo de delitos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante la expresada Disposición Final primera de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba en procedimientos penales, que incorpora al derecho interno la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, introduciendo un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el cual se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales, cuyas normas –según la exposición de motivos de la ley– han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales, y que también se van a aplicar cuando se trate de bienes embargados a petición de autoridades judiciales extranjeras.

En la nueva regulación, el artículo 367 bis LECrim establece que tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal, y en el artículo 367 ter LECrim se contienen básicamente las disposiciones que antes de la modificación legal se encontraban en el artículo 338 LECrim.

En los artículos 367 quáter, quinquies y sexies LECrim se regula detalladamente la realización de efectos judiciales de lícito comercio, cualquiera que sea el tipo penal a que se refiera el procedimiento en el que se hayan incautado, de acuerdo con las siguientes reglas:

#### A) Bienes realizables

El artículo 367 quáter establece que podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

#### B) Procedimiento

Se exige decisión judicial motivada –auto–, que puede adoptarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, en todo caso con audiencia del interesado.

El último inciso del punto 2 del artículo 367 quáter dispone que si la solicitud proviene del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables.

**C) Necesidad de autorización de la autoridad judicial extranjera para la realización de bienes embargados en aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio**

El punto 3 del artículo 367 quáter dispone que cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una Autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la Autoridad judicial extranjera.

**D) Modalidades de enajenación y aplicación del producto de la misma:**

El artículo 367 quinquies LECrim establece que la realización de los bienes se puede efectuar por medio de persona o entidad especializada, por subasta pública, o entregándolos a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas. Modalidad esta última que sólo será procedente cuando las cosas sean de ínfimo valor o se prevea que su realización por los dos medios anteriores resultará antieconómica.

El producto de la venta se ingresará en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal y quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

En el caso de venta de un bien embargado por orden de una Autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, se ingresará igualmente en la cuenta de consignaciones del Juzgado y quedará a su disposición, circunstancia que le será comunicada sin dilación.

Finalmente, el artículo 367 sexies prevé que lo expresado en el artículo 338 y en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo.

Estas nuevas disposiciones procesales no alteran el análisis general que en relación con los delitos de tráfico de drogas, precursores y blanqueo de capitales, se realizaba en el punto 5 del apartado V, de la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2005, de 31 de marzo, Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas.

En dicho documento, bajo el epígrafe «Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia» se analizaba la modificación del artículo 374 CP, operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cuanto introducía nuevas posibilidades para abordar la problemática derivada de la gestión, administración, conservación y enajenación de la enorme variedad de bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, empresas, activos financieros, dinero, etc.) sometidos a medidas cautelares mientras se sustancian los correspondientes procesos penales relativos a los delitos a los que se refiere el artículo 374 CP, cuya instrucción judicial



suele ser temporalmente dilatada, debido a la propia complejidad de los hechos y al frecuentemente elevado número de imputados en dichas causas.

Sin embargo, el contenido de dicha Circular 2/2005 debe ser complementado en el sentido que establece la expresada modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que amplía las posibilidades de enajenación de efectos judiciales, al hacer factible esta opción siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 367 quáter LECrim.

Ello incide en el planteamiento expresado en dicha Circular que se pronunciaba, con carácter general, en favor de la conservación de los bienes a lo largo del proceso, admitiendo como única excepción los casos previstos por el artículo 374.2 CP. Tras la reforma operada en la ley procesal, la nueva regulación permite en un número más amplio de supuestos la realización o enajenación de los efectos judiciales, en concreto, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 367 quáter LECrim, lo que atenúa la nota de excepcionalidad antes indicada.

Debe además destacarse que la modificación operada mediante la Disposición Final primera de la Ley 18/2006, incorporando un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales, equipara en su tratamiento todos los bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal, cualquiera que sea el delito objeto del mismo.

La presente Instrucción tiene por objeto concretar las reglas de actuación que han de observar los señores Fiscales en los supuestos en que, a tenor de la nueva legislación procesal, proceda la enajenación de bienes decomisados en los procedimientos penales, antes de que se dicte sentencia.

### III. LA REFERENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FIRMEZA DE LA SENTENCIA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO PENAL

El nuevo artículo 367 sexies LECrim precisa que la nueva regulación procesal contenida en el artículo 338 y en los artículos 367 bis a quinquies de la ley procesal penal se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo. Dicha previsión lleva a plantear la cuestión de si esta remisión supone una excepción a la regla general de posibilidad de enajenación antes de que se dicte sentencia.

En la referida Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado se examinaron diversas cuestiones interpretativas sobre la nueva redacción del artículo 374 CP, particularmente en relación con los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación. Sin embargo, desde entonces se han venido suscitando controversias relativas a la interpretación literal del texto legal, en cuanto que al establecer que los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de la sentencia, podría deducirse la exigencia de que, para proceder a la venta de los mismos, tendría que haberse dictado sentencia en el procedimiento correspondiente decretando el comiso de los mismos, aunque ésta no hubiera alcanzado firmeza.

La solución a la que conduce esta interpretación, que no es otra que la ejecución provisional de la sentencia no firme, no resuelve la cuestión que motivó el cambio legislativo, cual es solucionar los expresados problemas derivados del depósito de bienes deteriorables o peligrosos para la salud o la seguridad. Por tanto, la interpreta-

ción teleológica del artículo 374.2 CP aboca necesariamente a extender la posibilidad de la enajenación a cualquier período anterior a dictarse sentencia, incluido el período de instrucción del proceso penal, pues de no ser así, no hubiera hecho falta tal modificación.

A la misma solución conduce la interpretación sistemática de esta norma, por cuanto se encuentra en concordancia con la nueva legislación sobre la materia expresada *ut supra*, así como con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad: el artículo 5 del Real Decreto 2783/76 y el artículo 7.1.b) de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que autorizan la enajenación anticipada de los objetos, efectos o instrumentos ocupados o intervenidos, que sean perecederos o sufran notable depreciación por el transcurso del tiempo, así como cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública.

A tales disposiciones se ha venido a unir la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la inclusión de los expresados artículos 367 bis a sexies, lo que debe llevar a afirmar que la decisión de enajenar los bienes en los supuestos especificados, puede ser acordada por el Juez de Instrucción sin esperar a que haya recaído sentencia en el procedimiento en el que los mismos hayan sido decomisados.

#### IV. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN CON LOS BIENES INTERVENIDOS EN LOS PROCESOS PENALES

Como se ha indicado anteriormente, la presente Instrucción tiene por objeto determinar las medidas que, respecto de los bienes intervenidos en los procesos penales, deberán ser instadas por los señores Fiscales cuando sea procedente la enajenación anticipada a la sentencia de los bienes decomisados por concurrir las circunstancias de abandono del propietario, peligro o depreciación expresadas.

En este punto es preciso distinguir entre las medidas a adoptar en relación con los titulares y las que se refieren a los diferentes tipos de bienes.

##### A) En relación con los titulares de los bienes

La primera medida a adoptar será la investigación del verdadero titular de los bienes intervenidos y la determinación de la condición procesal del mismo en la causa, ya como imputado o participe a título lucrativo, a los efectos, en su caso, de proceder a la audiencia prevista en el punto 2 del artículo 367 quáter LECrim.

Cuando en dicha fase investigadora se acredite que la titularidad de los bienes la ostenta un tercero que reúna las condiciones previstas en el artículo 127.1 *in fine* del Código Penal, es decir, cuando se trate de bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, no deberá adoptarse medida alguna o, en su caso, se dejará sin efecto la acordada, quedando los bienes a disposición de dicho titular.

##### B) Respecto de los bienes, deben seguirse las siguientes reglas

a) Cuando se trate de cuentas corrientes u otros productos bancarios o financieros, será suficiente con que sus saldos queden bloqueados a resultas del procedimiento;

tratándose de dinero, bastará con que se acuerde su depósito en la cuenta del juzgado, con la misma finalidad procesal. Si se trata de otros efectos de valor que no se deterioran con el tiempo (por ejemplo, joyas) deberán depositarse en la Caja General de Depósitos.

b) En cuanto a los títulos-valores habrá que distinguir los diferentes tipos, y, en consecuencia, adoptar la medida que resulte más adecuada a cada uno: las acciones de sociedades anónimas, por ejemplo, deberán ser objeto de depósito, administración y prohibición de venta, así como de una comunicación a la sociedad para que los dividendos se ingresen en la cuenta de consignaciones del juzgado, a resultas de la causa, y que se comunique al Juzgado cualquier decisión que pueda afectar a su valor, como puede ser la ampliación de capital con derecho de suscripción preferente. Los títulos de realización inmediata deberán ingresarse en la cuenta del juzgado, y que los sean a plazo deberán asimismo depositarse hasta su vencimiento, momento en que se procederá a su cobro e ingreso en dicha cuenta judicial.

c) Los bienes inmuebles deben ser objeto de anotación preventiva de prohibición de disponer en el pertinente Registro de la Propiedad, y, en su caso, deberá interesarse el nombramiento de un administrador judicial, buscando la mayor rentabilidad y el menor deterioro posible de los mismos.

d) Finalmente, en relación con el resto de los bienes, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 367 quáter LECrim, en primer lugar habrá de ponderarse, en el caso de bienes incautados con ocasión de delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales asociados a los anteriores, si existe petición para su utilización por la Policía Judicial, a los efectos previstos en el apartado 1 regla 3.ª del artículo 374 CP, para que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por tales cuerpos policiales. En los supuestos en los que no concorra tal posibilidad de utilización o la misma no sea precisa, deberá procederse a su enajenación mediante alguna de las fórmulas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, la realización por medio de persona o entidad especializada, o la subasta pública.

El procedimiento de enajenación anticipada ha de respetar las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que determinará la incoación de una pieza separada como consecuencia de la decisión de oficio del Juez, o de la petición del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, con audiencia de los interesados.

En definitiva, una vez que los señores Fiscales tengan conocimiento de que en una causa penal se han intervenido bienes en los que concurren las indicadas circunstancias de abandono expreso de su propietario, peligro para la salud o para la seguridad, o supongan importante disminución de su valor, cursarán solicitud al órgano judicial correspondiente instando su enajenación anticipada, la cual deberá contener una exposición sobre las razones por las que se estima que la venta es conveniente, con el detalle y la extensión que corresponda a la entidad del caso.

## V. CONCLUSIONES

Primera.—En los supuestos en que los señores Fiscales tengan conocimiento de que en un proceso penal, cualquiera que sea el delito por el que se tramite, se han intervenido bienes en los que concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim —expresamente abandonados por sus propietarios, o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud, para la seguridad pública, u ocasionar su depreciación

o deterioro— instarán de la autoridad judicial, mediante informe motivado, la realización de los mismos sin esperar a que se dicte sentencia.

Segunda.—El artículo 374 CP y demás disposiciones concordantes permiten la venta en cualquier fase del proceso penal de los bienes intervenidos en causas tramitadas por tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales, cuando concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim.

Tercera.—Los señores Fiscales, antes de solicitar la venta de bienes incautados en causas tramitadas por delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales procedentes de tales delitos, si hubiera petición policial respecto de su utilización, ponderarán la posibilidad prevista en el apartado 1 regla 3.ª del artículo 374 CP para que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Cuarta.—Los señores Fiscales promoverán la apertura de pieza separada para tramitar la solicitud de venta de bienes decomisados provisionalmente, en la que se deberá oír al interesado, generalmente el titular del bien.

Quinta.—El dinero obtenido con la venta debe depositarse en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a results del correspondiente proceso, de modo que sólo procederá la adjudicación definitiva al Estado en caso de sentencia condenatoria firme.

En razón de todo lo expuesto, los señores Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

## Revista de Libros

SANZ DELGADO, Enrique: *Regresar antes: Los beneficios Penitenciarios*. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2007, 196 pp.

### I

Deseaba con impaciencia ver publicado este libro. Ahora se ha hecho posible. La responsabilidad de la edición, aseada y correcta, enmarcada en una afianzada colección, recae en la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. La presente es la tercera monografía del autor, mi querido discípulo Enrique Sanz Delgado, relativa a la materia del Derecho penitenciario. Y en la misma senda trazada por las anteriores, dedicadas respectivamente a la problemática de las prisiones privadas (2000), su tesis doctoral, y al humanitarismo español del siglo XIX (2003), etapa de la que se muestra perfecto conocedor, ésta alcanza unos niveles máximos en cuanto a la investigación histórica en ella contenida, así como al enfrentarse a las instituciones modernas.

Porque, efectivamente, el profesor contratado de Alcalá ofrece en estas soberbias páginas la prolongación en la madurez. No creo que nadie, a día de hoy, pueda acercarse a la especialización penitenciaria de un modo más recto y singular a como él, de nuevo, lo ha efectuado. Por ello este preclaro texto fue merecedor, por amplísima mayoría de votos y con toda justicia, dándole así lustre, del último y vigente Premio Victoria Kent (convocatoria del año 2006), en su primera categoría absoluta, que anualmente, desde hace tres, otorga la Dirección General de Instituciones Penitenciarias –de ahí, el editor– al mejor y más logrado estudio inédito de cuantos concurren al prestigioso concurso convocado públicamente, galardón lleno de honor no concedido en balde por el jurado.

Y como sus obras pretéritas, ésta tampoco es un ocasional destello. Se trata de un trabajo sabio, competente, completísimo, riguroso y aleccionador que, en cuanto a metodología y resultados, no debe sorprendernos pues corresponde a una evidente manera de hacer, que se viene alargando en el tiem-

po, propia del profesor Sanz Delgado, demostrada, asimismo, en importantes artículos científicos que han visto la luz, entre otros lugares, en variadas aportaciones colectivas dignas de alta mención y renombradas revistas técnicas, especialmente y por dos extensas y magistrales ocasiones sucesivas, atinentes a la disciplina en los centros y a las cárceles de custodia, en este mismo Anuario en los tomos correspondientes a 2002 y 2003.

Antes fue mi alumno. Después Enrique Sanz se quedó en mi cátedra. Desde entonces, hace ya algunos años, vengo orientando a mi discípulo, quizás egoístamente, hacia el campo del ordenamiento penitenciario. Sabía que mis investigaciones, pioneras y minoritarias, en este concreto aspecto de nuestra ciencia penal precisarían, cuando las ganas, el agotamiento de ideas y el tiempo me fueran venciendo, de un destacado y persistente continuador. Alegaba en descargo de mi contumacia que no era deseable cayeran en el desamparo y la soledad, en manos escasamente comprometidas o advenedizas, en retirada, irrelevantes, poco cultivadas o frívolas, de terminología provocadora. Que lo que llama generosamente, al firmar un reciente prólogo, otro de mis meritorios discípulos, Abel Téllez, «mi escuela», es calificación desmesurada que sólo puede encontrar disculpa, además de en el cariño y la lealtad que me profesa, por la tarea desarrollada en este específico ámbito, en mayor o menor medida, por autores de la talla de Esteban Mestre (legislación vigente), M.<sup>a</sup> Carmen Figueroa (orígenes históricos), Avelina Alonso (juez de vigilancia y Sala de conflictos), Silvia Valmaña (sustitutivos penales), Gema Martínez Galindo (prisiones de mujeres), César Herrero (historia penitenciaria), Pedro Llorente (presidios africanos), Fernando Cruz Castro (teoría readaptadora de la pena), José Zaragoza (derecho comparado español y mexicano) o, claro es, el propio Téllez (régimen disciplinario, sistema, alternativas y regulación europea).

Pues bien, dicho esto, entre todos ellos, en mi criterio, el nombre que se ha impuesto con propiedad ha sido el de Enrique Sanz. No tardé en confirmar que lo que yo andaba buscando con afán ya lo tenía. Que ninguno de aquéllos se manifestaba como él en la decidida y parcial formación en el extranjero, cuando el trance lo requirió; en la constancia, la profundidad, la extrema devoción y la entrega hacia el tema al que yo he destinado fundamentalmente mi vida intelectual. En definitiva, parafraseando al gran Vittorio Scialoja, cuando hablaba de otro no menor jurista, entonces en plena juventud y ya uno de los verdaderos impulsores de los estudios procesales en Italia, Piero Calamandrei, que el profesor Sanz Delgado se iba, paso a paso, convirtiendo en «mi más bella esperanza».

Por eso la publicación de otra monografía suya, de tanta excelencia como la que ahora recensiono, confirma y ratifica la primera e imperceptible, y después asumida, dedicación de ayer y su vocación, hoy realizada, de elevado penitenciarista, probablemente, como he escrito en otro lugar —el más entrañable, pues del homenaje a mi maestro se trataba—, con todo fundamento, el más destacado de su generación.

## II

Desde el punto de vista regimental los dos polos inexorables sobre los que gira el acontecer diario de una prisión son la disciplina, imprescindible, racional y proporcionada para el normal desarrollo de la convivencia, y los aspectos premiales del internamiento. La interrelación entre ellos es algo sabido, sin hipocresía alguna, desde la más lejana práctica carcelaria que, con posterioridad, pasa a ser sólida construcción doctrinal y regulación legal expresa. Siempre ha acontecido así. Afirmar lo contrario es negar la palmaria evidencia, desconocer lo incontestable. Es más, el tratamiento penitenciario solo puede fomentarse en ese ambiente compensado en el interior de los establecimientos. Aunque el régimen, por imperativo de nuestra Ley orgánica, ha de estar subordinado a aquél (art. 71.1 LOGP), ambos se complementan: un recinto marcado por el desorden y, consiguientemente, por la negación de cualquier esperanza, es decir, el no poder los reclusos hacerse acreedores de beneficios tendentes al recorte del tiempo marcado de encierro; regido por la arbitrariedad y la injusticia, no debe servir de basamento ni conducir a satisfacer los ideales constitucionales resocializadores que, literalmente, son los objetivos indicados para toda pena privativa de libertad.

Personalmente no he dejado de creer en ambas circunstancias ni condicionamientos. El estricto y ajustado castigo disciplinario lleva de la mano, en tensión incontrovertible, la comprensible recompensa penitenciaria. Es verdad que me han interesado más estas últimas y así he escrito recientemente sobre ellas, pero soy consciente que el camino del pertinente funcionamiento de los centros pasa por los dos.

Volviendo al libro de Enrique Sanz, como el propio título del texto ilustra en su portada, el autor ha elegido para su premiada investigación una materia que le venía preocupando de antaño: la de los beneficios penitenciarios. Y lo ha llevado a cabo desde una doble y luminosa óptica, que se corresponde con los dos capítulos esenciales del libro: la histórica, obviamente más que conveniente para situar y conocer el hecho actual; y la moderna, extendiéndose en este punto el estudio hasta la situación presente. Previamente se han analizado con gran precisión algunas cuestiones que se me antojan necesarias y, entre ellas, la muy trascendente de su naturaleza jurídica.

En efecto, la obra esta dividida, a mi parecer, en tres partes de idéntico peso, pero de distinta intensidad. La denominada introducción (pp. 9-33) se ocupa, como acabo de indicar, de verdaderos asuntos conceptuales, tales como, entre otros, el significado de los beneficios, su diferente sustancia, finalidad, contenido y espíritu, así como acerca de la indagación de una clásica característica que se percibe como común, extendiéndose como base de los mismos, que no es otra que la buena conducta del recluso, «elemento (...) vertebral» (p. 30) o «salvoconducto imprescindible» (p. 31), como acertadamente se adjetiva, para la normal obtención de cualquiera de aquéllos.

Coincidente con la mejor doctrina, los beneficios son entendidos como pasos necesarios para el logro de la meta constitucional y orgánica –arts. 25.2 CE y 1 y 59 LOGP– de las penas privativas de libertad: la reeducación y la rein-



serción social de los condenados (p. 17). En cuanto al carácter de tales beneficios, el autor también toma postura. De concebirlos en sus primeros tiempos históricos como una vigorosa y real «posibilidad» (p. 11) de anticipación de la salida, termina inclinándose, trasladando el debate de la ciencia, por afirmar que constituyen auténticos derechos subjetivos consolidados del interno, cumplidos los indispensables requisitos ordinarios previos para su obtención, renunciables por ello mismo (pp. 22 y 23; también pp. 92 y 93, con matices prudentes). Nunca los trata mi discípulo como una concesión graciosa. Ya desde estas iniciales líneas el dilatado apoyo de notas a pie de página anuncia la radical ausencia de improvisación, la absoluta bondad y solidez del trabajo, lo que se acrecienta hasta alturas extremas a partir de entonces.

El primer gran apartado del laureado libro del profesor Sanz Delgado se refiere al estudio de los beneficios penitenciarios en la historia y, más concretamente, al análisis de dos instituciones determinantes al respecto, prendidas del constante ideal correccional: el alzamiento de la retención y la rebaja de penas (pp. 35-54).

Como poseedor de extensos conocimientos técnicos sobre nuestro penitenciarismo sabe, en verdad, por dónde comenzar su valiosa pesquisa y cómo proseguir, impecablemente, su evolución. La arcana cláusula de retención, que viene a propiciar una especie de sentencia relativamente indeterminada, sumada su ejecución temporal a las penas fijas impuestas en el fallo, es algo inherente a las condenas en nuestro Derecho penal, encontrando su punto álgido a partir prácticamente del último tercio del siglo XVIII, especialmente las referidas a la pena de galeras, que ya contemplaban la figura desde hacía dos siglos antes. Con posterioridad, se extiende al cumplimiento en los presidios, en su variedad de clases, obteniendo su definitivo asiento legal en la genial Ordenanza de 1834, firmada por la Reina Gobernadora, M.<sup>a</sup> Cristina de Borbón, e inspirada por el ministro competente, el de Fomento, Javier de Burgos, siendo Presidente del Gobierno Martínez de la Rosa; designada, con pleno acierto, por Enrique Sanz como “origen normativo de mucho de nuestro moderno sistema” carcelario (p. 14), y de “marco (...) penitenciario fundamental del siglo XIX” (p. 42), en frases francas, patentes y redondas.

Del mismo modo que se recoge en la lejana legislación la premisa de la aplicación formal de tal cláusula, se contempla después la gracia material del «modo de levantarla» (pp. 40 ss.); esto es, el envés del castigo. Lo cual es solución muy española. Querida y auspiciada con sinceridad por los más entonados profesionales del medio penitenciario. Como también lo es otra idea inevitable, desprendida, pietista y benigna que nos es propia: la rebaja o el acortamiento de condenas, que favorece ese «regresar antes» de los penados a la libertad, como se denomina esta magnífica monografía, otorgando sentido al premio alcanzado por los reclusos, por no cejar en el buen comportamiento en el interior de los establecimientos y, por eso mismo, atinado y, sin discusión, merecido.

Porque esta recompensa de minorar, en ocasiones sustancialmente, la duración de la sanción carcelaria, que permanece unida al criterio punitivo tradicional de leyes y reglamentaciones, no es anecdótica. Por el contrario, tiene calado. En efecto, en el excelente texto de mi discípulo, que estamos co-

mentando, se demuestra la raigambre del antecedente y la corroborada práctica de su utilización, la continuidad de su logro, adecuado y clemente, plasmación normativa de un pensamiento doctrinal ejemplar, señero y sustancialmente unánime, veraz marca de origen de nuestro Derecho penitenciario, principalmente del decimonónico, «el fruto con mayor futuro» del sistema, como Enrique Sanz le dice (p. 15). Y tanto le agrada al autor esta posible salida anticipada del lugar de cumplimiento, ganada a pulso por el interno y propuesta u otorgada, según los casos, responsablemente, por la Administración o la Autoridad judicial competente, que reivindica como oportuna, —«utilísima» la llama— su reintroducción legislativa (pp. 169 ss.) para la etapa que estamos viviendo en la actualidad de enunciada y pretendida reforma.

El soporte idóneo de anotaciones bibliográficas empleado por el profesor Sanz Delgado es de una pureza altísima. Las más conspicuas publicaciones de nuestros escritores especializados, base de la afamada tradición patria, se encuentran aquí traídas a colación y aprovechadas con la soltura de quien posee una noción superior de la disciplina y una capacidad expositiva brillante, marcadas por un clarividente juicio selectivo, acerca del cuánto y el cómo deben expresarse los heterogéneos problemas, verdaderamente asombroso. Quienes en reiteradas tesis hemos descendido, también de primera mano, a profundizar en estas sublimes páginas de nuestros antecesores, somos conscientes de su inmenso valor y de la rectitud, conveniencia y manera modélica en que han sido reflejadas.

La segunda parte del libro (pp. 55-172) se dedica a inquirir en los concretos beneficios prisionales, claramente y de largo institucionalizados, en asimétrica medida, en nuestra justicia criminal, como el indulto y la libertad condicional, para finalizar con la detenida mención de la redención de penas por el trabajo y sus dos modalidades (esp. pp. 144 ss.), apelada globalmente, con sagaz puntería, «institución fundamental en el régimen penitenciario español» (p. 134), presente en el Código Penal franquista y sostenida formalmente hasta el actual de 1995, sin perjuicio de la prolongación de su vigencia, cada vez más reducida, por mor del derecho transitorio más favorable, hasta los momentos presentes.

El lo referente al indulto particular (pp. 57-104), todo se averigua y explica por el autor. He aquí la guía investigadora: desde su trayectoria arcaica castellana y su ulterior y lento trasvase al precepto nacional, hasta su desembocadura en el Reglamento Penitenciario de 1996, pasando por la escasa jurisprudencia aplicable, que ordena el conjunto de las disposiciones interpretativas producidas a su alrededor, contemplándose con posterioridad y detalle determinadas características que conlleva tal pieza legal: motivación, criterio temporal, efectos suspensivos ejecutivo-penales o supuestos denegatorios (pp. 98 ss.). Visto el horizonte final indudable, que no es otro más que la reducción de la sanción de prisión impuesta, el oriente ha sido inteligentemente marcado: la Ley de Indulto «vino a establecer una mecánica necesaria e instrumental hasta la tardía aparición de la libertad condicional» (p. 14).

En lo que hace a la recopilación de normas de distinto rango llevada a cabo, la labor no tiene sencillo parangón. Creo que están, simplemente, todas

las de referencia aplicables al asunto tratado, estructuradas y sistematizadas original y convenientemente, tarea ardua y complicada y que, para comprobarlo, basta únicamente con detenerse en observar su crecido número y dispar temario.

Si toda la tarea científica ha sido extraordinaria por ahora, el espacio dedicado a la problemática de la libertad condicional (pp. 104-134) y a la redención de penas por el trabajo (pp. 134-172), es realmente supremo en cuanto a calidad y desde el momento inicial, insistiendo en la anotación del rescate de un precedente propio de la primera recompensa de las mencionadas, de principios de siglo XX, poco tenido en cuenta: la concesión de residencia (pp. 105 ss.). Y desde aquí, desde esta atrayente revelación, al estudio selectivo, a mi juicio, de más envidia de la institución, atendiendo a toda la problemática de interés para la situación en boga, igual que de seguido se realiza con la redención de penas desde su origen a su destino final. Acaba Enrique Sanz trayendo a colación lo que llama «figuras afines a los beneficios penitenciarios», cuales la excepcionalidad de la libertad condicional para enfermos incurables y septuagenarios (pp. 152 ss.), con idéntica acumulación de datos y correcta presentación de su docta opinión, necesariamente a tener en cuenta por los estudiosos.

No se trata de que hubiera permanecido oculto u oscurecido pues, en cualquier caso, en la forma y en el fondo, ha seguido situándose, como de costumbre, muy por encima de todos los demás tratadistas. Es que lo que aquí aparece, de forma diáfana, es el Enrique Sanz de siempre, con el que más me identifico; es decir, el investigador acrisolado de sus mencionados trabajos en el Anuario y, desde luego, de «El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX», su mejor obra. El conocimiento de la originaria literatura anglosajona (nota 140), desenvuelta luego en mucho de lo que se escribe y, claro es, de la más granada de la española (nota 181), igualmente aprovechada después, otorgan a estas hojas impresas de su importante ensayo una autoridad y un saber estar difíciles de encontrar en labor especializada alguna.

Lo que ha llevado a cabo en estos renglones mi discípulo es una constante en él, algo que no me sorprende y de lo que ya había venido dando visibles muestras: la sabiduría en la selección de las citas y la mejor comprensión posible de los autores manejados, partiendo de su propio pensamiento, penetrando en él. Solo se me alcanza recordar una reciente y notoria comparación al efecto y, precisamente, de su misma obra parte: el artículo publicado en la Revista de Estudios Penitenciarios (extra. 2006), en el número en honor del profesor Francisco Bueno Arús, al seguir las egregias trayectorias vitales y profesionales, paralelas y divergentes, de los dos más grandes penitenciaristas y, a la vez, penitenciaristas que ha dado España: Fernando Cadalso y Rafael Salillas. No podía haberse elegido tema más reputado para el eminente homenaje. Exclusivamente desde la profunda noción de lo que ambos vinieron a significar, así como desde el respeto delicado, afectuoso y admirativo a cuanto representaron, se puede escribir con tanta cercanía, esfuerzo, entusiasmo, coherencia y rigor.

Como se ha efectuado con anterioridad, este amplio y trascendental epígrafe se culmina con el intercalado añadido de la muy reciente mención jurisprudencial.

dencial, además de la cita obligada y prolija de Instrucciones y Circulares del Centro Directivo penitenciario, relevantes para el desarrollo de estas materias. Por último, se recobra y actualiza el espíritu crítico de alguna de las inmediatas y anteriores publicaciones del profesor Sanz Delgado, relativas a la nueva y desafortunada legislación restrictiva del año 2003 (pp. 162 ss.), al tratar de los aspectos añadidos, en mi opinión, prácticamente con calzador, a la más moderna y limpia concepción reformista desarrollada en la libertad condicional, hasta llegar al momento regresivo, oscuro y oclusivo de su vigente modificación.

El flamante libro reseñado finaliza –además de referir un anexo documental–, como es tradicional en estudio de envergadura, con el listado de la exhaustiva bibliografía utilizada (p. 175 ss.) por el autor que, como viene siendo habitual en él, ha sido toda ella no sólo leída, sino desmenuzada y citada en su lugar correspondiente; aparato bibliográfico detallista, en ciertos casos no completamente conocido, aún por los especialistas, ni fácilmente accesible, rastreado con autenticidad por Enrique Sanz.

En lo que respecta a los aspectos formales, no titubeo en caracterizar el lenguaje que se exhibe, en la totalidad del texto, de cuidadoso, revisado y expresivo. De una elegancia sobresaliente y solemne, necesaria especialmente en determinados lugares, y acorde siempre con la descripción o la síntesis producida. Cuando se analizan los precedentes, se reelabora y adecua, con elevada veneración y primor, la fórmula empleada en los originales para su exacta y moderna comprensión. Por eso no hay muchos entrecomillados –expediente de mero relleno para muchos escritores– en la obra. Porque los materiales han sido elaborados hasta límites excepcionales y definido el viejo y brioso pensamiento de nuestros escritores y leyes tradicionales con actualizada mirada. Y, en fin, si la exégesis se posa en pasajes de la ciencia y normas del momento presente, la exposición surge diáfana, fluida y convincente, fruto del firme y veraz conocimiento.

Por lo que hace al método, la regla utilizada por el profesor Sanz Delgado es la que yo concibo y enseño como tradicional en Derecho penitenciario, la por él aprendida desde sus inicios docentes e investigadores e impartida ahora en sus clases: de los antecedentes de la institución contemplada, desde su significativa historia, hasta el día de hoy, pasando por su evolución intermedia. Ello permite explicar, con superior razón, cada iniciativa, cada idea y el porqué de su rechazo o aprovechamiento. Es decir, ese imprescindible y aprehensible seguimiento del rastro temático del problema hasta alcanzar la coherente conclusión del mismo. Exactamente lo que aquí se hace.

### III

Guardo en mi biblioteca del despacho de Alcalá, el único modesto espacio donde ya tengo sitio, libros penitenciarios imposibles. A los tradicionales, siempre difíciles de encontrar en esta materia, la más desconocida del conjunto de las Ciencias Penales, sumo los raros y antiguos, varios de los excepcionales originales extranjeros de tres siglos y, desde luego, la valiosísima práctica totalidad de nuestra inigualable literatura clásica en este tema.

Lo expresado merece una glosa. Reavivo así un recuerdo que fue un encuentro –y un hallazgo que me otorgó la suerte– que tiene veintinueve años. Cuando al trasladarse a Madrid desde el Reino Unido, donde terminó dictando sus lecciones en el Instituto de Criminología de la Complutense, después de largo y ajetreado exilio, el desaparecido profesor Manuel López-Rey confeccionó, primero, lotes de sus rebosantes estanterías para sus amigos y conocidos españoles y luego, como a otros colegas, me visitó, envejecido, en mi despacho de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en el Ministerio de Justicia. Venía a ofrecerme, con voz callada y humilde, con la discreción que provocaba la tristeza del abandono forzado de su orgullosa colección de monografías, por la imperiosa necesidad, la posibilidad de hacerme particularmente con cien títulos de aquellas joyas, hasta entonces a él unidas, lejanas compañeras de su vida universitaria.

Excusado es manifestar que no lo dudé un instante. Aseguré a mi insigne interlocutor su eterno buen trato y perseverante cuidado y compré, lógicamente de mi bolsillo, pues para mí disfrute era, el inesperado e inapreciable material que me era presentado. Desde ese instante el agradecido, sentimiento que ha traspasado a su fallecimiento, fui yo. Porque obligado es decir que los textos entregados constituían la base esencial e inapreciable, de época y culto, de estos estudios especializados. Sencillo es interpretar porque yo digo, en diversas ocasiones, que más que leer lo nuevo lo que hoy verdaderamente efectúo, salvo contadas excepciones, es, simplemente, releer lo viejo. Se entenderá la razón. El atractivo entre ambas literaturas se me representa, así, como francamente diferente, basculando mi preferencia en favor de la primera.

Estas obras son ahora, entre otras muy significativas, las que asiduamente utilizan –y también revuelven, enredan y descolocan de sus librerías– mis discípulos cuando estudian la materia histórica de nuestro penitenciarismo; y quien más a fondo se emplea en todas aquellas acciones descritas y, desde luego, en su donado aprendizaje es el profesor Sanz Delgado. A ellas ha ido añadiendo, a lo largo de los años, las nuevas producciones que de su propiedad y de la mía, en cuantioso y representativo número, afluyen a nuestras mesas de trabajo y de las que se nutre su pujante pensamiento. Por eso, y por su creciente y animoso interés al respecto, su vocación se sintió, más que orientada, por mí determinada.

En ocasiones, al echar la vista atrás, recreo mi trayectoria académica. Cuando observo, como a mí me aconteció, cierta ausencia de reconocimiento profesional en la Universidad por su excepcional tarea, vacilo acerca de lo correcto del sendero que, sinceramente, obligué, desde sus inicios, a recorrer con fervor a Enrique Sanz. Todavía no sé si el cotejo con los comienzos y la enseñanza de su maestro a él le justifica y, por no lograrlo, quiera retroceder en el tiempo cuando recuerde con añoranza cómo resolvió romper el equilibrio que se le presentaba entre la pura conformidad, es decir, emplearse en el estudio detenido de la materia dogmática penal, o vencerse por la acentuada ilusión intelectual, menos convencional, que le atraía, o sea, el afán por el Derecho penitenciario, opción casi solitaria y arriesgada por la que finalmen-

te se decantó. Ignoro si esta decisión aún le ampara, pero a mí, que le inculqué a tomarla, y que asimismo tuve en su día que elegir, creo que sí.

Porque la publicación de una obra tan irrepensible en su acierto como la presente, que se suma a otras suyas anteriores, se interpone ante mis sinceras dudas, dándolas de lado, inclinando el fiel de la balanza, escorando el mal sentimiento; me ayuda a salvar mi lejano egocentrismo, me conforta íntimamente y acude, solícita, a disipar mis acumulados y razonables argumentos negativos, en el sentido de que el rotundo, sacrificado y obtenido empeño ha merecido, sin paliativos, la pena.

CARLOS GARCÍA VALDÉS  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

